J. rom. m.
544ⁿ
Zimmern

J. rom. m.
544n
Zimmern

Das System

der

Römischen Noxalklagen

von

D. Sigmund Zimmern,

Privatdocent des Rechts in Heidelberg.

Heidelberg,

In Commission bey Mohr und Winter.

1818.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Ruhend auf einfachen Grundlagen gestaltete sich das römische Recht zu einem grossen künstlich zusammengefügten Gebäude; das römische Volk ist untergegangen, aber sein Recht ist das unsrige geworden, und die Ergründung seiner einzelnen Sätze war Jahrhunderte lang die Beschäftigung forschender Männer. Grösseres heischt die gegenwärtige Zeit, denn sie verlangt den Faden zu kennen, der die Theile zum Ganzen verbindet, und diese Forderung machte der Verfasser an sich selbst, indem er die vorliegende fast noch unbearbeitete Rechtslehre zu entwickeln versuchte, wiewohl er bemüht war, über dem Streben nach systematischer Verbindung nie das Einzelne zu vernachlässigen, aus dessen Untersuchung erst das Ganze hervorzugehn vermag. Auch dem Bedürfniß der Gerichte kann keine Darstellung gleichgültig seyn,

die die dunkeln Quellen unsres Rechtes aufzuhellen strebt, und der antiquarische Theil der gegenwärtigen scheint hiefür um so geeigneter, als die zugleich erörterte Lehre von den Thierbeschädigungen größtentheils nur aus analogen Verhältnissen des Sklavenrechts entnommen werden kann.

Einiges über diesen Gegenstand, was ich an seinem Orte nicht mehr anführen konnte, enthält der zweyte Theil von Dabelows Pandectenrecht (1817); doch dürfte schon diese allgemeine Erwähnung den Forderungen der Vollständigkeit genügen. — Die Gesetzesstellen sind da, wo nicht das Gegentheil ausdrücklich bemerkt worden, nach der Florentinischen Lesart abgedruckt, Cujacii opera nach der edit. Neap. von 1722 und 1757 angeführt. — Noch bemerke ich, daß das erste Capitel nur als einleitend anzusehen ist.

Heidelberg im Juli 1818.

Erstes Capitel.

Ausdehnung der aus den Delicten der Freyen entspringenden Privatklagen, insbesondere der Aquilischen Klage.

§. 1.

Durch das aquilische Gesetz war für jede schon an sich und deshalb, weil sie Schaden bringt, widerrechtliche Verletzung oder Vernichtung einer Substanz eine Klage gegeben [1]). Sie ging anfangs bekanntlich nur auf unmittelbares, körperliches Einwirken von Seiten des Verletzers auf das Object, erhielt aber nachher als actio utilis oder in factum eine weitere Ausdehnung, [2]) so daß auch die praestita causa damni [3]) oder praestita occasio

1) Schon bey Donell. Comment. Lib. 15, cap. 28, nr. 1, 2 findet sich diese Ansicht.

2) Neuerlich hat dies am besten ausgeführt Hasse, die Culpa des röm. Rechts, §. 3 bis §. 9.

3) L. 7. §. 6. L. 9. pr. L. 11. §. 1. L. 49 pr. L. 51. pr. D. ad leg. Aq. (9. 2)

damni [4]) die utilis aquiliae actio begründen. Aber eine genaue Grenzbestimmung der aquilischen Klage hängt vorzüglich von der Auslegung der bekannten L. 57. D. locat. (19. 2) ab, in welcher selbst noch Hasse [5]) einen unauflöslichen Widerspruch mit L. 30. §. 3. ad leg. aquil. zu finden glaubt. Der Inhalt beyder Stellen ist folgender:

L. 57. loc. Javolenus lib. 9 ex Posterr. Labeonis.

Qui domum habebat, aream injunctam ei domui vicino proximo locaverat: is vicinus, cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius quam fundamenta caementitia locatoris erant, congessit, et ea terra assiduis pluviis inundata, (ita) parieti ejus, qui locaverat, humore praestito (madefacto), aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed humor ex ea congestione postea damno fuerit: damni autem injuriae actio ab ea ipsa sit, per quae non extrinsecus alia causa oblata damno quis affectus est. Hoc probo.

L. 30. §. 3. ad L. Aq. Paulus lib. 22 ad Edict.

---

4) L. 30. §. 3. eod.

5) A. a. O. S. 40, Note a.

Si quis in stipulam suam vel spinam, comburendae ejus causa, ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit: nam si die ventoso id fecit, culpae reus est: nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia quae oportuit observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

Löhr's [6]) Meinung, daß nur die actio directa in jenem ersten Fragmente ausgeschlossen sey, findet sich schon bey Mendoza [7]) und ebendaselbst auch Schömans [8]) richtiger Einwand, daß es dann nicht heißen könne: ex locato tantummodo esse actionem, dem jedoch Mendoza durch Berufung auf L. 9. de O. et A. (44. 7) verb. mit L. 18. §. 1. de jud. (5. 1) entgehen zu können glaubt. In der ersten Stelle sagt Paulus (lib. 9 ad Sabin.)

---

6) Beytr. zur Theorie der Culpa, S. 159, 160.

7) Comm. ad leg. Aquil. (Meermann thes. T. 2) Lib. 3, cap. 7, sect. 1, p. 169.

8) Fragmente, §. 27, S. 89.

Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat.

Obgleich nun hier dem Sohne nur die genannten Klagen zugesprochen würden, so gebe doch derselbe Julianus in dem letztern Gesetze die actio utilis legis Aquiliae und furti, hätte folglich dort ebenfalls nur die weiteren directen Klagen ausschließen wollen. Es sagt nämlich Ulpian in L. 18. §. 1. cit.

Si filiusfamilias ex aliqua noxa [9]), ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit, qui patris nomine agat. Nam et Juliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit, et vel furtum vel damnum injuria passus sit: posse eum utili judicio agere: ne, dum pater exspectatur, impunita sint maleficia: quia pater venturus non est, vel dum venit se subtrahit is, qui noxam commisit. Unde ego semper probavi, ut si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili judicio, forte depositum repetens, vel mandati agens, vel pecuniam, quam credidit, petens: si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel

9) Hal. caussa.

studiorum causa, vel alia justa ex causa agat: ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur, et egestate Romae laboret, viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. Et finge Senatorem esse filiumfamilias, qui patrem habet in provincia, nonne augetur utilitas per dignitatem?

Daß mit jenem suo nomine in L. 9. nicht etwa gemeint sey, die da genannten 4 Klagen habe der Sohn für sich selbst, ohne Rücksicht auf des Vaters Abwesenheit, anstellen können, beweist L. 15. §. 10. 11. de inj. (47. 10), wo ausdrücklich dem Haussohne nur dann die actio injuriarum gestattet wird, wenn der Gewalthaber abwesend, furiosus oder demens sey, und auch kein procurator an seiner Stelle klagte. Wenn aber diese Ausflucht wegfällt, warum sollten grade diese vier Klagen directae und jene utiles seyn? In wie fern ist z. B. die in L. 9. genannt a. injuriarum in dieser Hinsicht von der in L. 18. §. 1. erwähnten a. furti oder legis Aquiliae verschieden? Darüber gibt so wenig Mendoza Auskunft als A. Faber [10]) auf den er sich deshalb beruft. Es beweist aber die zufällig in beyden Stellen vorkommende actio depositi, welche in L. 18. §. 1. ein utile judicium genannt wird, daß auch

10) Ration. ad Pand. ad L. 18. §. 1. cit.

in L. 9. nur von actionibus utilibus die Rede ist, obgleich Faber der Sache dadurch entgehn will, daß er nach jenem von ihm grade sehr stark gebrauchten divide et impera willkührlich unterscheidet, ob der Haussohn eine dem Vater gehörige oder fremde Sache deponirt habe. Der Grund der dem Sohne überhaupt verweigerten directen Klagen ergibt sich aber aus L. 18. §. 1. und L. 15. §. 10. 11. citt. deutlich genug, indem damals den Haussöhnen eigentlich gar keine Klage zustand, weshalb man im Falle der Noth mit einer utilis actio nachhalf, daher Ulpian in L. 13. de O. et A. ganz allgemein sagt: in factum actiones etiam filiifamilias possunt exercere, mithin directe nicht.

Mendoza beweist demnach zu viel, und es ist wohl klar, daß Julianus in der einen Stelle an die andern Klagen nicht gedacht hat, was man für unsre L. 57. nicht behaupten kann, wo ausdrücklich die damni injuriae actio ausgeschlossen wird. Auch wird als Grund dieser Ausschließung angegeben: quia non ipsa congestio — damno fuerit, während doch, selbst wenn unmittelbar durch die aufgehäufte Erde der Schaden angerichtet worden wäre, dennoch nur die utilis Aq. act. hätte statt finden müssen, so daß es also nur diese Klage seyn kann, auf welche der ihre Unstatthaftigkeit motivirende Zusatz geht. — Aber eben weil der Congerirende nicht einmal unmittelbar Thäter war, sondern erst Regengüsse, also ein äußerer Umstand, nach

schon geschehener Aufhäufung, hinzukommen mußten, während diese selbst unverletzend vor sich ging, ist er von aquilischer Schuld frey. Ausdrücklich unterscheidet das Gesetz ob ipsa congestio, folglich der Congerirende doch nur mittelbar, oder humor ex ea congestione postea damno fuerit, weil dann nicht mehr im Congeriren, sondern in den hinzugekommenen häufigen Regengüssen die Veranlassung des Schadens lag, so daß sich das Argument von selbst ergibt, daß diese Handlung, während des Regens ausgeübt, die aquil. Kl. begründet hätte. Grade so unterscheidet aber auch L. 30. §. 3. loc., indem sie denjenigen, welcher seine Stoppeln verbrannte und dadurch auch des Nachbars Saat verletzte, nur dann für culpae reus erklärt, wenn er es die ventoso gethan, oder überhaupt bey der Bewachung, also immer in ipso actu, nachlässig war, und so durch Vermittlung des Feuers als Thäter galt, wie wenn er während des Regens kongerirt hätte. Hatte er dagegen, sagt L. 30. §. 3., die gehörige Vorsicht angewandt, also an einem nicht windigen Tage das Feuer angezündet, und ein plötzlicher Windstoß (subita vis venti), der folglich eben so wie die pluviae erst nachher hinzukommen konnte, gab dem Feuer eine weitere Verbreitung, so kann ihn ebenfalls keine aq. Kl. treffen. Es wird also in L. 57. nicht für schuldlos erklärt, wenn während des Regens gebaut worden, in L. 30. nicht für schuldvoll, wenn nachher ein Schaden anrichtender Wind hinzukam.

Der Einwand, daß doch die Möglichkeit starker Regengüsse und daraus entstehenden Schadens vorauszusehen war, müßte auch hier gelten, wo an einen starken Wind ebenfalls gedacht werden konnte, und doch wird in beyden Fällen keine aquil. Klage gestattet, weil auch dazu nicht das absolut Mögliche oder die äußerste Vorsicht, sondern nur quod a diligenti provideri poterit [11]) erfordert wird. — Ueberzogen nun aber nach schuldlos vollendetem Geschäfte starke, Schaden drohende Regenwolken den Himmel, so war allerdings, selbst noch während des Regens, da ja das Gesetz von anhaltenden Güssen spricht, ex locato die Pflicht begründet, auch wenn nichts kongerirt worden wäre, positive Anstalten zu Ableitung des Wassers oder sonstiger Sicherstellung des gemietheten Gegenstandes zu treffen. — In allen gesetzlichen Beyspielen der utilis Aq. act. ist immer von einer durch unser Thun selbst, ohne ungewöhnlichen, erst nachher zufällig hinzukommenden äußern Einfluß, oder von einer mit Thätigkeit verbundenen schädlichen Unterlassung die Rede, wie es z. B. diese Klage begründet, wenn jemand durch Gift, durch Entziehung von Nahrungsmitteln, Hingabe eines Schwerts an einen Rasenden, Festhalten eines Menschen, damit ihn ein andrer verwunde oder tödte, Dereliction einer begonnenen Section u. s. w. Schaden zufügt [12]).

---

11) L. 31. ad leg. Aq.

12) §. ult. I. de leg. Aq. (4. 3). L. 7. §. 3. 6. 7. L. 9. pr. §. 1. 2. 3. L. 11. pr. §. 1. 5. L. 27. §. 9. 10. 14. 20. §. ult.

Das bisher Ausgeführte ist denn zum Theil wohl Schömans freilich dunkel und kurz ausgedrückte Ansicht, denn er erklärt den Schaden in L. 57. darum für „ungerecht, weil er nicht durch die congestio selbst, d. h. nicht durch ihre Anlage und Beendigung, sondern durch die congestio als bleibendes Object, woraus nachher Regen und Luft einen unn mit mittlerem Fleiße (?) vorzusehenden schädlichen humor producirten.“ Nur bringt er die Schadensverhütung zu sehr mit der congestio in Verbindung, da dem Miether, als solchem, diese Pflicht auch dann obliegt, wenn er auf keine Weise den Schaden vermittelt hat, wohl aber ihm vorzubeugen im Stande ist. Es kann also unserm Labeo und Javolen der Vorwurf „geistloser Interpretation“ nicht gemacht werden, da die mehr erwähnten Stellen statt eines Widerspruch vielmehr eine vollkommne Parallele enthalten, indem, um es kurz zu wiederholen, L. 30. die aq. Kl. zuläßt, wenn an einem windigen Tage das Feuer angezündet worden, ausschließt, wenn der Wind erst nachher entstand — L. 57. die Kl. zuläßt, wenn es während

---

L. 29. §. 5. L. 49. pr. L. 53. D. ad leg. Aq. (9. 2). L. 18. de S. P. U. (8. 2). L. 2. §. 20. vi bon. rapt. (47. 2) Eine ziemlich vollständige Zusammenstellung der in unsern Gesetzen erwähnten mittelbaren Verletzungen enthält Wittich, einfaches System des heut. Civilrechts (Frankf. a. M. 1805) Th. 3. S. 163. 168.

des Congerirens regnete, **ausschließt**, wenn die Regengüsse erst nachher entstanden.

§. 2.

In der Ausdehnung der aquil. Kl. gehn ferner manche so weit, sie auch dem, welcher nur ein persönliches Recht hat, zu gestatten. Die richtige Meinung aber, daß die Römer diese Klage nur noch denjenigen erlaubten, welche jura in re hatten, fand von jeher die meisten Anhänger, und ist zuletzt von **Hasse** wieder vertheidigt worden [13]. Da ich mich in der Folge öfters darauf, als einen ausgemachten Satz, berufen muß, so sey es mir erlaubt, **Hasse's** Argumenten noch folgende beyzufügen.

L. 18. §. ult. de dolo (4. 3). **Paulus** lib. 11. ad ed.

Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandum plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis, ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.

---

13) A. a. O. S. 322. 323. Note a. Die Litteratur der Controverse s. bey **Glück**, Comment. B. 10 Abth. 2. §. 704. Für die im Texte vertheidigte Meinung ist auch **Cujac** an vielen Orten, z. B. Quaest. Papin. Lib. 37. ad l. 19. de dolo (Opp. T. 4. p. 822).

L. 19. eod. Papinianus. L. 37. Quaestion.

Si fidejussor promissum animal ante morum occiderit: de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam, debitore liberato, per consequentias iste quoque dimittitur.

Das erste Gesetz gibt als Grund der dem promissor servi verweigerten aquil. Klage an, daß er von seinem Versprechen nun frey sey, also keinen Schaden habe, da er für (von seiner Seite) unverschuldeten Untergang des Sklaven nicht einsteht. Daraus und aus dem Umstande, daß, wenn er eine Klage hätte, solches die aquil. seyn müßte, folgt, daß die im Fragmente erwähnte actio de dolo natürlich dem allein zu Schaden kommenden creditor gegeben ist (wie auch das vorhergehende „mihi" zeigt). Aus ihrer subsidiären Natur folgt aber weiter, daß der gewiß doch interessirte Creditor die aquil. Klage ebenfalls nicht habe. Freilich erwiedert Balduin [14]), der letztere Klage hier dem Creditor und Debitor geben will, es sey nur die directa versagt; allein grade diese müßte es seyn, wenn der debitor eine Klage hätte, und auf allen Fall hätte das „quia tu a me liberatus sis" gar keinen Sinn, dem Creditor aber hätte dann keine a de dolo gegeben

---

14) De lege Aquil. in fin. (Heineccii jurispr. Rom. et Att. T. 1.).

werden können [15]. — Dasselbe sagt L. 19. Dort hatte der Bürge das versprochene Thier getödet (ante moram, denn sonst war der debitor deshalb verhaftet, und konnte dann gegen den Bürgen auch ex lege Aq. klagen), der Schuldner ist dadurch frey und mit ihm der Bürge als solcher. Der nicht interessirte Schuldner hat also keine Klage, aber der Creditor die actio de dolo, mithin die aq. Kl. nicht. — Daß aber hier der stipulator nicht wie ein Käufer auf Cession der aquil. Klage dringen konnte, hat seinen Grund darin, daß die actio ex stipulatu stricti juris, also für die nicht bedungene Ces-

15) Auf eine ganz andere und sehr weitläuftige Weise widerlegt ihn schon Mendoza l. c. Lib. 1. cap. 5. sect. 4. p. 68. nr. 14 seqq. — Den Widerspruch der L. 54 ad leg. aq. welche in gleichem Falle dem promissor (durchaus nicht dem Creditor, was uns hier allein interessirt) die aq. Klage gestattet, muß man mit Mendoza, p. 69. nr. 41. seqq. dadurch lösen, daß in L. 54 an eine promissio in diem gedacht worden, so daß durch den frühern Untergang dem Schuldner und Eigenthümer allerdings Schaden erwächst. Diese Annahme ist um so nöthiger, als die L. 54 ad l. aq. mit der L. 19 de dolo aus Papiniani lib. 37 quaest. entlehnt ist. Sie ist auch die des Cujac. quaest. Papin. ad leg. 54 cit. (Opp. T. 4. p. 823) und ad Tit. D. de dolo, L. 18. fin. (Opp. T. 1. p. 984) und findet sich schon in den Scholien der Basiliken L. 60. T. 3. (T. 7. p. 113) nebst einer andern, welche den Unterschied darin sucht, daß in L. 18 ein Dritter, in L. 54. der Creditor selbst verletzt, wozu sich auch A. Faber ration. ad L. 19 de dol. bekannt, welches aber Mendoza p. 70. mit Recht als irrelevant verwirft.

sion unzulänglich ist. Daraus wird denn auch klar, welche Hülfe dem persönlich Berechtigten offen steht, wo Cession nicht statt findet, nämlich a. de dolo.

5. Auch die Antinomie zwischen L. 35. de dolo und L. 42. ad leg. Aq. [16]) läßt sich meines Wissens nur dadurch, daß man bey der ersteren den Fall der noch nicht angetretenen Erbschaft, wo also weder heres noch legatar Eigenthümer wurden, [17]) noch wegen zernichteter Tafeln werden konnten [18]): bey der andern den Fall der, sey es vor oder nach der Beschädigung, angetretenen Erbschaft unterstellt. Denn daß das retro accrevisse dominium gleiche Wirkung mit dem von Anfange an besessenen hat, beweist bekanntlich L. 17. fin. L. 35. und L. 43. ad leg. Aq., letztere aber auch, daß nur bey nach-

---

16) L. 35. (Ulp. Lib. 30 ad ed.) Si quis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris delevit (Hal. deleverit) vel alio modo corruperit: heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo. Sed et his, quibus legata data sunt, danda erit de dolo actio. L. 42 (Julian. lib. 48. Dig.) Qui tabulas testamenti depositas aut alicujus rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur: quia corruptam rem restituerit. Legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit, corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.

17) Cujac. ad Tit. de dolo ad L. 34. (Opp. T. 1. p. 986.)

18) Ein Beyspiel der Art s. bey Mendoza Lib. 2. cap. 4.

er wirklich erfolgtem Erwerbe geklagt werden könne, so daß für die Fälle da des Testaments Zernichtung die Erwerbung von Erbschaft und Legat unmöglich gemacht hat, nothwendig die a. de dolo eintritt, also hierauf L. 35. de dolo beschränkt werden muß; wie denn auch L. 7 §. 5. eod. dem Legatar vor angetretener Erbschaft und aus diesem Grunde die actio leg. Aq. versagt, weil nämlich hier das legirte Object zernichtet ist, also kein Eigenthum daran erworben werden konnte, und nur eine actio ex testamento übrig blieb. L. 43. ad leg. Aq., welche die aq. Klage gestattet, spricht zwar auch von res hereditarias, aber doch nur von einem damnum admissum in (has) res, da man auch von beschädigten Sachen Eigenthümer werden kann, und davon grade im Gesetze die Rede ist [19]). Indem übrigens die L. 42. ad leg. Aq. außer der aq. Klage auch die actio depositi und ad exhibendum gibt, so kann es gewiß keinen Zweifel leiden, daß die die subsidiäre actio de dolo gestattende L. 35. auf solche Fälle beschränkt werden muß, welche auch jene beyden Klagen nicht zulassen. Dieses findet aber nur dann Statt, wenn die Zernichtung des Testamentes dem heres scriptus

---

19) — — Dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur: nam isto modo ne ab eo quidem cui heres quis erit transire ad eum ea actio poterit — — et hoc aliter constitui sine magna cautione postumorum liberorum, qui parentibus heredes erunt, non poterit.

den Erwerb der Erbschaft unmöglich macht, so daß er dadurch weder die actio depositi des Erblassers überkömmt, noch zur actio ad exhibendum ein Recht hat [20].

§. 3.

Dem Selbstthun gleich geachtet würde jede durch Befehl veranlaßte, also z. B. durch das Medium des Sklaven verübte Handlung, ja auch die scientia oder patientia, d. h. das Wissen und Nichthindern einer Verletzung, deren Verhütung möglich war, [21]) wird dem Befehle und dadurch einer eigenen wenn auch mittelbaren Verletzung gleich geachtet, so daß auch hierauf noch die utilis Aq.

---

20) Vgl. noch L. 41. pr. §. 1. ad leg. Aq. L. 27. fin. L. 30. L. 32. §. 1. de furt. (47. 2). — Dem Einwand des Accurs, daß doch die hereditas selbst die actio legis Aq. haben müßte, folglich nachher der Erbe, begegnet schon A. Faber ration. ad L. 35. T. de dolo durch die Bemerkung, daß die hereditas des Verstorbenen Person repräsentire, dessen Interesse nicht taxirt werden könne, wie L. 41. pr. ad leg. Aq. ausdrücklich sagt. Es ist ja auch hier derjenige Erbe, welchem die Zernichtung des Testaments Vortheil brachte, indem er dadurch an die Stelle des scriptus heres trat.

21) L. 4. pr. de nox. actt. (9. 4). In delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est? Utrum cum consilio, an et si viderit tantum, quamvis prohibere non potuerit? Quid enim si ad libertatem proclamans domino sciente faciat? (aut) quid

actio gegen den Herrn in solidum ging [22]. Aber nicht nur nach dem aq. Gesetze, sondern bey allen Arten von Delicten, gilt derjenige als Thäter, welchem der Befehl derselben oder auch nur das pati zur Last fällt, so daß ihn die jedesmalige Delictsklage in solidum trifft [23]. Allein dieses pati in dem beschriebnen Sinne bildete auch die äußerste Grenze der unmittelbaren Verantwortlichkeit für nicht selbst begangene Verletzungen, und für keine andere von unsern Sklaven oder Thieren oder leblosen Eigenthüme verübte Beschädigung können wir nach strengem Rechte haften, in sofern nicht, wie sich von selbst versteht, ein besonderes obligatorisches Verhältniß uns zur positiven Thätigkeit (diligentia) also z. B. zur Aufsicht auf unser Eigenthum verpflichtet. Ohne dieses ist deren Unterlassung nicht unerlaubt, also durchaus nicht culpos, selbst wenn man die Möglichkeit eines Schadens voraussehen **konnte**, da man ihn an und für sich nicht vorauszusehen **brauchte**. Diese Fälle sind

---

si contemnat (Flor. aut qui condemnat) dominum, vel, cum trans flumen sit servus, vidente quidem sed invito domino, noxiam noceat? Rectius itaque dicitur, scientiam ejus accipiendam, qui prohibere potest: et hoc in toto edicto intelligendum est circa scientiae verbum. Vgl. L. 3.

22) L. 2. L. 4. §. 3. L. 5. eod. Hasse, S. 25. 26.

23) L. 169. pr. de R. J. (50. 17) Is damnum dat, qui jubet dare. — S. ein Beyspiel bey Savigny das Recht des Besitzes (ed. 2) S. 435. Die weitere Ausführung kann jedoch erst unten (§. 75. folg.) gegeben werden.

es nun, in welchen gegen den Herrn eines beschädigenden Sklaven oder Thiers die Noxalklagen eintreten, und von dem Eigenthümer eines baufälligen Gebäudes und andrer Gegenstände die cautio damni infecti gefordert werden kann. Die ersteren sind der Gegenstand gegenwärtiger Untersuchung.

Zweytes Capitel.

Uebersicht und Critik der bisherigen Ansichten über den Grund der Noxalklagen.

§. 4.

Daß bey den Römern wegen der von Sklaven und Thieren verübten Beschädigungen der Eigenthümer belangt, aber auch durch Uebergabe des verletzenden Gegenstandes sich befreyen konnte, darüber ist dogmatisch kein Zweifel vorhanden, während über den Grund und das leitende Princip große Dunkelheit herrscht. In sofern man wirklich nach Ursachen forschte, sind hauptsächlich folgende Meinnungen darüber aufgestellt worden.

Die Glosse [24]) und so auch die meisten älteren Com-

24) Glossa ad pr. J. de nox. act.

mentatoren [25]) wiederholen nur die gesetzliche Angabe, daß es im höchsten Grade unbillig sey, wenn der Sklaven Schlechtigkeit ihrem Herrn über ihren Körper hinaus schädlich werde; so sagt nämlich §. 2. J. de nox. actt. (4. 8),

> Summa autem ratione permissum est noxae deditione defungi. Namque erat iniquum [25 a]) nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse [26]).

Allein worin diese Natürlichkeit liege, ist grade das zu lösende Problem. Dies versuchen nun manche [27]) durch Anwendung des Grundsatzes: wer den Vortheil habe, müsse auch den Nachtheil tragen, und die Erlaubniß der noxae

---

25) Z. B. Duaren in Tit. de in lit. jur. (Opp. ed. m. Francof. p. 223).

25 a) Aequitas wird sehr schlecht durch Billigkeit übersetzt, sondern bedeutet bey den Römern wahre Gerechtigkeit, Welker, die letzten Gründe von Staat, Recht und Strafe, S. 476 folgg.

26) S. noch L. 2. pr. D. de nox. act. (9. 4) L. 2. de eo per quem fact. (2. 10) und Theophil. ad §. 2. J. cit.

27) Hübner obs. edict. viario Aedil. curul. adspersae, Lips. 1798. p. 11. Hommel, opusc. jur. univ. P. 1. Obs. 8. pr. p. 93. (letzterer noch verbunden mit einer andern Erklärung des bey den Thieren erforderten widernatürlichen Schadens, wovon unten §. 26). Höpfner Comm. §. 1163. 1169. Diedemann Obs. ad doctrin. de damno et pauperie, Lips. 1804. obs. 2. p. 13.

datio sey folglich dadurch zu erklären, daß jeder seine Sache derelinquiren könne, wenn sie ihm mehr schade als nütze [28]). Allein abgesehen davon, daß wenigstens bey den Verletzungen der Thiere dadurch unaufgelöst bleibt, warum nicht alle, sondern nur die naturwidrigen, Gegenstand der Klage sind, [29]) ist, wie Thibaut [30]) schon treffend bemerkt hat, grade das wieder die Frage, warum jene Verletzungen ein incommodum, d. h. etwas mit dem Besitze des Thiers nothwendig verknüpftes sind. Außerdem kann man sein Eigenthum zu jeder Zeit, also nicht erst wenn es schadet, derelinquiren, so wie auf der andern Seite immer noch nicht einzusehen ist, wie man einer während des Besitzes begründeten Ersatzpflicht durch nachheriges Aufgeben wenigstens zum Theil (nämlich auf den über den Werth des noxae Gegebenen noch restirenden Schaden) entgehn könne. — Voet [31]) glaubt: „noxales actiones praeter generalia juris praecepta contra dominum dan-

28) Zu dieser Folgerung bekennt sich auch Glück, Comm. B. 10. Abth. 2. §. 694 a. E. ohne doch den Vordersatz anzunehmen.

29) Ueber diese Unterscheidung wird unten besonders gehandelt. Diedemann l. c., welcher sie ganz läugnet, stellt jenen Satz Hübners als seine Ueberzeugung ohne weitern Beweis („persuasum habemus") an die Spitze, und dann ist sein Läugnen wenigstens consequent, wenn auch nicht legal.

30) Versuche B. 2. Abh. 8. S. 195. (ed. 2).

31) Comm. Tit. de interr. in jure, fin.

tur, ut quodammodo laeso consulatur, ne in universum in damno haereat." Aber so gut es auch Voet mit dem armen laesus meint, so wenig wird diesen ein solches quodammodo befriedigen, und den Character einer Singularität trägt nichts weniger, als das durch die ganze Delictenlehre mit der strengsten Consequenz durchgeführte Institut der noxae datio [32]). Das bisher Bemerkte genüge auch einstweilen gegen Eb. Otto, [33]) wenn er sagt: „ratio autem movit Decemviros, quia dominus nihil ex servi delicto lucratur, et ne in servi sit potestate dominum redigere ad paupertatem."

Schöman [34]) hält es der Philosophie des Rechts angemessen, den Bürger unbedingt zur Entschädigung zu verpflichten, auch wenn sein Eigenthum Ursache der Verletzung seines Mitbürgers war. Selbst wenn der Eigenthümer außer Schuld sey, so sey doch seine Thätigkeit ohne Recht, und würde der Verletzte nicht entschädigt, so „erhielte das Nichtrecht ein Uebergewicht gegen das Recht des Eigenthümers" u. d. m. Dafür wird L. 52. §. 2. ad leg. Aquil. citirt. Wie denn aber durch noxae datio wenigstens zum Theil ein solches Nichtrecht statuirt werden

---

32) Dies kann erst die ganze folgende Darstellung erweisen.

33) Ad Instit. §. 2. L. 4. T. 8.

34) Lehre vom Schadensersatz, Th. 1. S. 27 folg.

könne, bleibt unerklärt, und der Unterschied zwischen damnum secundum und contra naturam ebenfalls unbegreiflich, obgleich ihm derselbe verschwindet, da er alle Beschädigungen der Thiere, welche nicht durch Abweiden geschehen, für contra naturam hält, für letzteres aber die actio de pastu, also eine besondere Klage, annimmt.

§. 5.

Die verbreitetste Ansicht war aber und ist noch jetzt diejenige, welche alles aus der Verantwortlichkeit des Eigenthümers deducirt [35]. Der neuste Schriftsteller, welcher sich besonders dafür erklärt hat, ist Hasse, [36] und zwar folgendermaßen. Zuerst führt er in §. 3. sehr richtig aus, daß schädliche Handlungen, die in einem Unterlassen bestehen, gar nicht unerlaubt sind. An und für sich also braucht keiner den andern positiv zu nützen, da zu einer solchen Alimentationspflicht niemand gehalten seyn kann, wenn nicht besondre obligatorische Verhältnisse es zur Schuldigkeit machen, die Nachtheil bringende Unthätigkeit aufzugeben. Allein, fügt die Note b. hinzu, um Stadt und Ortfriedens willen hätte man Ausnahmen zulassen müssen. So sey es billig, von einem jeden zu verlangen, daß er bis auf einen gewissen Grad auf seine Sachen Auf-

---

35) J. V. Thibaut a. a. O. ed. 1. S. 221 f. ed. 2. S. 197. 198. Glück a. a. O. u. s. w.

36) A. a. O. S. 18. folg.

sicht führe, damit sie andern nicht gefährlich würden, und daraus fließe die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für die naturwidrigen Beschädigungen seiner Thiere, während dies bey Sklaven unbedingt gelte, hier auch vorzüglich einleuchtend sey, weil man sich vor ihren Delicten nicht schützen kann, wenn der Herr sie nicht in Zucht zu halten genöthigt ist. Da man aber in jedem einzelnen Falle nicht untersuchen könne, ob er dies gehörig gethan, so mußte „durchgegriffen," und wie bey den Quasidelicten „eine Culpa gleichsam im Hintergrunde vorausgesetzt" werden. Die Befreyung durch Herausgabe des Sklaven sey eine sehr natürliche Ermäßigung. — Es ist nicht zu läugnen, eine neue Gesetzgebung könnte so raisonniren, obgleich es auch dieser gerathener seyn möchte zwar solche politische Ausnahmen vom strengen Rechte zu statuiren, aber dabey auf die wirkliche Nachlässigkeit des Eigenthümers Rücksicht zu nehmen, wenigstens auf keinen Fall den Gegenbeweis der völligen Schuldlosigkeit abzuschneiden, und höchstens Präsumtionen gegen ihn eintreten zu lassen, dagegen auch die noxae datio gänzlich wegzuwerfen, [37]) oder (wenn man sie doch einmal für so natürlich hält) wenigstens da, wo des Eigenthümers offenbare Nachlässigkeit

---

37) Schon die Römer bemerkten, wie man hier meistens grade durch Hingabe des Schlechten und wenig Werthen — etiam vilissimi hominis deditione — (L. 17. pr. de nox. actt.) seiner Verbindlichkeit ledig werden kann.

klar ist. — Dem Beweise aber, daß auf keinen Fall die Römer solche Grundsätze aufstellten, und daß diese bey den Noxalklagen weder an nahe noch entfernte culpa domini dachten, seyen die nächstfolgenden §en gewidmet, wobey ich um so ausführlicher seyn muß, als dunkler oder klarer jene Ansicht gradezu die allgemeine ist. Den vollständigsten Beweis vermag übrigens erst die Begründung meiner Theorie zu geben.

§. 6.

I. Verdacht gegen jenes System sollte schon dadurch entstehen, daß die noxae datio, also die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für das Seinige, bereits in den 12 Tafeln begründet ist [38]). Denn da das spätere aquilische Gesetz anfangs nur die unmittelbar durch unsern Leib verübten Verletzungen umfaßte, dem freyen Manne also nicht einmal seine eigenen mittelbar beschädigenden Handlungen anrechnete, sollte ihn dagegen das Gesetz der 12 T. sogar für die Beschädigungen seines Eigenthums aus dem Standpunkte eigner Schuld verantwortlich gemacht haben? Höchst unwahrscheinlich sind daher jene Rücksichten der Politik und

---

38) Si quadrupes pauperiem faxit, dominus noxiae aestimiam oferto, si nolet, quod noxit dato. — Si servus sciente domino furtum faxit, noxiamve noxit, noxae dedito. — Pr. J. si quadr. paup. (4. 9.) ibid. Theoph. §. 4. J. de nox. actt. (4. 8) L. 1. pr. D. si quadr. (9. 1) L. 2. D. de nox. actt. (9. 4).

Billigkeit, wo man noch nachher zu einem damnum verlangte, daß es corpore corpori zugefügt sey; und eben so unerklärlich wäre für jene Zeit eine wieder auf Billigkeit gründende Modification durch noxae datio.

II. Was jener ganzen Theorie aufs auffallendste und direct widerspricht, ist das bekannte noxa caput sequitur, und die Strenge, mit welcher es die Römer durchführen, ein nach der bisherigen Erklärung ganz räthselhaftes Princip. Wenn es Pflicht ist, das Seinige zu wahren und zu hüten, warum verantwortet dessen Verletzungen nicht derjenige, welcher zur Zeit der Beschädigung Eigenthümer war? [39]) da doch nur diesem, nicht dem dritten meistens unschuldigen Käufer eine Schuld zur Last gelegt werden konnte. Der erste Herr hätte um so wohlfeiler verkaufen können, antwortet Hasse. Wenn aber der Käufer (oft auch der Verkäufer) zur Zeit von dem angerichteten Schaden noch keine Kunde hatte? Dann kann Regreß statt finden; aber warum geht statt dessen nicht die Klage gegen denjenigen, bey welchem die Schuld seyn müßte, d. h. gegen den, welcher zur Zeit der Verletzung Eigenthümer war, wenn doch dessen Nachlässigkeit Grund und Fug zur Klage

---

39) Noxalis autem non alias datur, nisi apud me sit servus: et si apud me sit, licet eo tempore non fuit quo delinquebat, teneor. L. 7. pr. de nox. actt.

ist? [40]) Aller Regreß beruht darauf, daß der zuerst Verklagte aus irgend einem Grunde dem Kläger verhaftet ist, selbst aber wieder von einem Dritten Verantwortung fordern kann. Hier aber läge nach übergegangenem Eigenthume der Klaggrund in der Schuld des nicht Belangten, und die Klage selbst trifft denjenigen, welchen zu belangen und zum Regreß zu nöthigen der Kläger weder ex contractu noch ex delicto berechtigt ist, während letzterm auch noch niemand ein dingliches Recht zugeschrieben hat. Das Natürlichste wäre also (von diesem Standpunkte ausgegangen), die Klage gegen jenen gewesenen Eigenthümer zu richten. Das war aber so wenig der Fall, daß es nicht einmal geschehen durfte, so daß der Kläger durchaus nicht auf die quasi-culpa, sondern nur auf das Eigenthum des Beklagten sich zu berufen

40) Wirklich hat man dies ehemals behauptet, und es mußte sich diese Meinung aufdrängen, sobald man von der fingirten culpa des Herrn ausgeht, so sagt z. B. Cocceji J. C. L. 9. T. 1. qu. 3. „fundat haec actio in quasi culpa domini, cum quodammodo imputari potest, quod tale animal noxium habuerit, indeque ejus dominio privatur, quod proinde fieri nequit, nisi domidominus sit sc. tempore noxae (wie aus der Ueberschrift hervorgeht). Da aber jetzt niemand mehr die Noxalklagen den Quasidelicten im Ernste gleich stellt, so wäre eine weitläuftigere Erwähnung überflüssig gewesen, zumal da schon Weber in der ersten Aufl. seiner nat. Verbindl. (1784) §. 34. diese Meinung für veraltet erklärt, obgleich der gehörigen Einsicht in ihre Verschiedenheit die quasi-culpa stets im Wege steht, s. Cap 10.

hatte. Sobald ihm hingegen die nicht noxale Klage, z. B. ob scientiam gestattet war, so wird er wirklich sogleich an denjenigen gewiesen, welcher zur Zeit der commissa noxia Eigenthümer war [41]). — Wie unzulänglich jener Nothbehelf des wohlfeileren Verkaufs ist, ergibt sich schon daraus, daß der Eigenthümer dessen, welcher im Zustande der Freyheit delinquirte und dann Sklave ward, ebenfalls noxaliter haftet, [42]) so wie daß das Eigenthum nicht immer durch Verkauf übergeht, so daß z. B. wer einen Sklaven durch Legat erhielt, diesen oft ganz gegen des Testators Meinung (dem des Sklaven Delict unbekannt geblieben seyn konnte) wieder verliert; während doch der vorige Eigenthümer (dessen Krankenlager sich vielleicht der Sklave zu Nutze gemacht hatte) derjenige war, durch dessen im Hintergrunde schlummernde culpa das Klagrecht begründet wurde, wiewohl die Klage — gegen einen andern geht! — Hier will ich des sehr künstlichen Erklärungsversuches Otto's [43]) gedenken, nämlich: quia noxa caput sequitur, dici potest, quod dominus obstet laeso, quo minus is brutum capiendo vel occidendo damnum sibi reparet: major autem reparandae laesionis quam dominii est favor, ideoque recte a domino animalis

---

41) L. 4. pr. §. 1. de nox. actt. s. unten §. 75. folgg.

42) §. 5, J. de nox. actt. §. 17. folgg.

43) De tutela viarum, pars 3. cap. 4. p. 463.

postulatur, ut damnum reparet, aut si animal ipsi tanti non sit, illud noxae dedat. Allein, abgesehen von der willkührlichen Annahme einer geringeren Eigenthumsbegünstigung, geht auch das ganze Raisonnement im Zirkel, denn deducirt man, wie Otto thut, die Ersatzpflicht im allgemeinen aus des Herrn Schuld, so kann wenigstens dann, wenn das Eigenthum noch nicht übergegangen ist, auch nichts im Wege stehen, von dem Schuldigen Ersatz zu fordern, und ist es übergegangen, so bleibt immer noch die Frage, warum noxa auch mitgehe? Erst wenn das erklärt ist, lassen sich die weiteren Schlußfolgen machen.

§. 7.

III. Warum hört die Klage mit dem Eigenthume auf? Ist nämlich der Sklave todt, das Thier seiner natürlichen Wildheit zurückgegeben, so ist der Verletzte (in sofern der Besitz nicht dolose aufgegeben oder litis contestatio eingegangen war) klaglos [44]. Zum wenigsten sollte er doch bis zum Werth des verlorenen Eigenthums klagen können. Denn wo von zweyen Einer den Schaden tragen muß, ist es viel gerechter und natürlicher denjenigen, bey welchem eine Verantwortlichkeit und Schuld vorausgesetzt wird, als den Unschuldigen zu Schaden kommen zu lassen. Die erstern

44) Pr. I. si quadr. L. 1. §. pen. D. eod. L. 39. §. 4. L. 42. §. 1. de nox. actt. Ein Weiteres unten.

Schuld wird durch jenen Verlust nicht besser, Unglück aber trägt der Eigenthümer, und so ließe sich nicht einsehen, warum der unschuldige Nichteigenthümer verlieren sollte, wenn er noch kurz zuvor wegen nicht gehöriger Obhut klagen konnte.

IV. Nie erwähnen die Römer auch nur mit einer Sylbe einer wirklichen oder fingirten culpa, sondern ihr noxa caput sequitur erscheint ihnen als etwas ganz Natürliches, was gar nicht anders seyn könne, [45]) und weit entfernt, sich dabey unheimlich zu fühlen, führen sie es auf die consequenteste Weise überall durch, ohne es bey den Quasidelicten eintreten zu lassen. Wo sie wirklich Quasidelicte annehmen, und den Bürger wegen der Vergehen andrer zur Verantwortung ziehen, [46]) da gedenken sie ausdrücklich nicht nur der fingirten culpa, [47]) sondern auch der besondern polizeylichen Gründe, welche diese Sin-

---

45) Theophil. ad §. 2. J. de nox. actt. bemerkt, daß man es für absurdissimum (ἀτοπώτατον) gehalten habe, servi ferocitatem (ἀγριότητα) dominis ultra ipsorum corpora damnosam esse. Solche Sprache führt man doch nur von Nothwendigkeit, nicht von milder Billigkeit.

46) L. 7. pr. D. nautae, canpon. (4. 9.). L. 5. §. 4. de his qui effud. (9. 3).

47) L. 1. §. 4. de his qui eff. L. 5. de O. et A. (44. 7) §. 1. §. 3. f. J. de O. q. q. ex del. (4. 5)

gularität rechtfertigen [48]). Die Klage daraus geht aber auch in der That in solidum, und nie gegen einen andern, als eben den, bey welchem die culpa vorausgesetzt wird. Ja sogar wenn Freye oder fremde Sklaven den Schaden hier anrichteten, haftet der Wirth, Bewohner u. s. w. in solidum, und für die Handlungen seiner eigenen Sklaven, zu Ulpians Verwunderung selbst, nur usque ad noxae dationem; [49]) obgleich er diesen Delicten weit schwerer

---

48) L. 1. §. 1. naut. caup. L. 1. §. 1. de dej. et effus.

49) L. 7. §. 4. nautae (Ulpian). Hac autem actione (in factum adversus nautas) suo nomine exercitor tenetur, culpae scilicet suae, qui tales adhibuit, et ideo et si decesserint non relevabitur. Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur; nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cujus fidei, cujus innocentiae sint, in suis venia dignus est, si qualesquales (Vulg. qualescunque) ad instruendam navem adhibuerit. — L. un. §. 5. furti adv. naut. (47. 5) (Ulpian). Servi sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. Cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit? et cur liberi quidem hominis nomine tenetur in solidum, servi vero non tenetur? nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset: in servo vero suo ignoscendum sit ei, quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit: si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.

vorzubeugen im Stande ist, als denen seiner Sklaven, denen er befehlen und die er fortwährend kennen lernen und beobachten kann.

§. 8.

V. Gegen die Publicani verfuhren die Römer mit besonderer Strenge. Zwar ist des Prätors ihrentwegen gegebene Edict [50]) in einiger Beziehung milder, da auch wegen Raub und furtum manifestum die Klage nur in duplum geht, [51]) und außerdem arbitrair ist, so daß der Beklagte durch unverzögerte Rückgabe von der Strafe frey wird. Aber dafür steht es auch dem Verletzten frey, die allgemeinen Klagen wegen Raub, Beschädigung, Diebstahl ꝛc. anzustellen, denn es sey absurd, meint Ulpian,

---

50) L. 1. pr. D. de publican. (39. 4).

51) L. 1. §. 3. 4. eod. (Ulp. lib. 45. ad ed.) Quod quidem Edictum in aliqua parte mitius est, quippe cum (Hal. quod, Vulg. id.) in duplum datur, cum vi bonorum raptorum in quadruplum sit, et furti manifesti aeque in quadruplum. — Et restituendi facultas publicano vi abreptum datur, quod si fecerit, omni onere exuitur, et poenali actione ex hac parte Edicti liberatur. Unde quaeritur, si quis velit cum publicano non ex hoc edicto, sed ex generali vi bonorum raptorum, damni injuriae vel furti agere, an possit? et placet posse, idque Pomponius quoque scribit: est enim absurdum meliorem esse Publicanorum causam, quam ceterorum effectam opinari.

wenn die Lage der verhaßten Staatspächter sogar besser sey, als die der übrigen Leute. Sie konnten also wegen jedes zu ihren Gunsten von den allgemeinen Principien abweichenden Artikels im Edicte auch mit den gewöhnlichen Klagen belangt werden. Dagegen zu den strengeren Verordnungen des Prätors gehört auch diese, für die Delicte ihrer Sklaven, so weit deren das Edict erwähnt, in solidum haften zu müssen; nicht allein wenn sie sie nicht ausliefern wollen, sondern auch wenn sie nicht können, in sofern die Sklaven durch Flucht, Veräußerung, Manumission u. s. w. ihrer Gewalt entgangen sind (denn der Fall des von ihnen nicht verschuldeten Todes macht eine Ausnahme) [52].

Darüber äußert sich nun Ulpian in L. 3. pr. de public. auf folgende Weise:

> Idcirco tam dura conditio eorum effecta est, quia debent bonos servos ad hoc ministerium eligere.

Also die härtere Behandlung rechtfertigt der Jurist durch die hier besonders begründete Pflicht der Staatspächter, zu ihren Geschäften unschädliche Sklaven anzuwenden, so daß es in der Regel nicht Pflicht seyn konnte,

---

52) L. 1. pr. §. 6. L. 13. §. 2. vergl. mit §. 3. de public.

in der Wahl selbst der zu bestimmten Geschäften beauftragten Sklaven (in sofern dabey nicht durch ein obligatorisches Verhältniß Aufmerksamkeit geboten ist) mit Sorgfalt zu Werke zu gehn.

VI. Daß die Noxalklagen durchaus nicht auf präsumirter culpa des Herrn beruhen, beweisen ferner folgende Stellen.

L. 2. §. 19. vi bon. rapt. (47. 8), Ulpian Lib. 56. ad Edict.

> Vi bonorum raptorum actio in impuberem, qui doli mali capax non est, non dabitur: nisi servus ipsius, vel familia ejus admisisse proponantur; et (Vulg. sed et) servi et familiae nomine noxali vi bonorum raptorum actione tenetur.

L. 11. §. 6. quod vi aut clam (43. 24), Ulpian Lib. 71. ad Edict.

> Si tutoris jussu aut curatoris factum sit, cum placeat, quod Cassius probat, ex dolo tutoris vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri; eveniet ut in ipsum tutorem curatoremve aut utilis actio competat, aut etiam utile interdictum. Certe ad patientiam tollendi operis utique tenebuntur pupillus et furiosus et ad noxam.

Wer sogar des dolus unfähig ist, dem fällt culpa auf keinen Fall zur Last (wie auch ein Unmündiger ohnehin keinen Raub u. s. w. begehen kann): und dennoch haftet ein solcher, der nicht einmal eigene That verantwortet, seiner Sklaven wegen noxaliter. Der, bey welchem jede culpa unmöglich ist, kann mithin aus diesem Grunde durchaus nicht verhaftet seyn; denn jede Fiction muß der Wahrheit weichen, und wenn man auch bey der Sklaven Delicte überall, durchgreifend, eine Schuld des Herrn annähme, so müßten doch da die Noxalklagen wegfallen, wo an und für sich gar keine culpa denkbar ist, wenigstens nicht grade im Gegentheil gestattet werden, sobald aller Präsumption die Unmöglichkeit selbst entgegensteht.

§. 9.

VII. Wer einem andern eine Sache leiht, dann entwendet, hierauf die actio commodati anstellt, und weil sein Diebstahl verborgen bleibt, damit durchdringt, gegen den hat der Bestohlne, wenn ihm die wahre Lage der Sache kund geworden, zwar nicht die actio furti (denn es ist ein furtum rei propriae und nicht einmal ein f. possessionis, da der Commodatar nicht wie der Pfandgläubiger juristischen Besitz hat) aber commodati contraria statt (auf Rückerstattung des erhaltenen Pretiums ꝛc.). Entwendet dagegen der Sklave das commodans, so bleibt letzterm die actio commodati (directa), der com-

modatar dagegen hat die actio furti noxalis. Dies ist der Inhalt der L. 21. pr. §. 1. commod. (13. 6) von Africanus. — Also die Diebstahlsklage, welche den Commodatar wegen eigener Entwendung nicht trifft, muß er sich doch des Sklaven wegen gefallen lassen, ferner hat er im ersten Falle nur dann die a. commod., wenn sein Diebstahl unbekannt ist, weil ihm sonst eine exceptio doli entgegen stände. Hier aber laufen die actio commodati von seiner und die a. furti von seines Gegners Seite ungestört neben einander, während doch die erste nicht gestattet werden könnte, wenn es sich der Herr selbst zuzuschreiben hätte, mithin als eigne Schuld gälte, daß sein Sklave das verliehene Object wieder gestohlen hat.

VIII. Endlich widerspricht L. 27. §. 11. ad leg. Aq. direct der Annahme irgend einer culpa als nothwendige Begründung der Noxalklagen.

Ulpian L. 18. ad edict.

Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel ex lege Aquilia teneri: ita ut colonus possit servum (al. servos) noxae dedere, et si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum. Sed haec ita [53]) si culpa colonus careret: ceterum

53) Diese Worte beziehen sich allein auf das: ex lege Aq. — dedere; weil die actio ex locato nothwendig culpa voraussetzt.

si noxios servos habuit, damni eum injuria teneri, cur tales habuit. Idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit. Quae sententia habet rationem.

Daß wegen dieses Brandes der colonus, dem vermöge des Pachtcontracts diligentia oblag, ex locato haftet, ist natürlich. Außerdem konnte er auch aus dem aquilischen Gesetze belangt werden, aber nur bis zur noxae datio, d. h. der Herr der villa hat die actio legis Aq. noxalis; in sofern er, fährt Ulpian fort, von culpa frey ist. Hier wird also grade bey mangelnder culpa des Herrn die aquil. Klage zur noxalen, während ihn, falls er schädliche Sklaven hielt, die volle aq. Klage trifft. Hierunter ist nämlich ein wissentliches Halten zu verstehen, da ihn diese scientia dem gleich setzt, welcher selbst verletzte [54].

Daß übrigens Ulpian diesen Nachsatz auf solche Weise und nicht einmal unmittelbar nach dem dedere anhängt, kömmt daher, daß bis dahin des Proculus Worte gingen, die er nicht unterbrechen wollte, wie denn auch in der Coll. leg. M. et R. Tit. 12. §. 7. diese Stelle nur bis hierher (bis zu agendum) geht.

54) Sehr gut übertragen es daher die Basiliken Lib. 60 Tit. 3. (T. 7. p. 52) durch: qui malis servis utitur (χρώμενος), und der Scholiast (p. 91) fügt hinzu: nec enim dolo videtur carere, qui rel.

Drittes Capitel.

Leitendes Princip und Uebersicht der verschiedenen Noxalklagen.

§. 10.

Der Römer hielt stets die Ansicht heilig, daß an und für sich und abgesehen von einem obligatorischen Verhältnisse keiner weiter als für seine eigenen Handlungen verantwortlich gemacht werden könne, daher anfangs die enge Schranke des aquilischen Gesetzes, und daher die Aengstlichkeit der Juristen in der Ausdehnung desselben, welche nie weiter als über die wenigstens mittelbar vom Thäter abzuleitenden Handlungen sich erstreckte. Wendet man dies allein auf den freyen Mann an, so wäre jeder auf andre Weise also durch dessen Eigenthum Verletzte durchaus aller Rechtshülfe beraubt gewesen. Deshalb steht mit dieser Strenge auf der einen Seite in genauster Verbindung (und zwar durchaus nicht zuerst bey den Römern) eine uralte Ansicht auf der andern Seite, daß auch der Unfreye, ja das Leblose seine Verletzungen ebenfalls verantworte.

Mit der schroffen Theorie, daß der freye Mann nur für den unmittelbar selbst gestifteten Schaden einstehe, geht eben so schroff die andre parallel, daß die Sache nun auch für das hafte, was durch sie ohne Zuthun des Herrn verübt wurde. So auffallend dies ist, so consequent und völlig natürlich wird es durch die Art, wie es die Römer durchführten. Da es nämlich dem Sklaven wie jeder Sache an aller Selbstständigkeit fehlt, so kann der Kläger nur an ihren natürlichen Schutzherrn, den Eigenthümer, sich wenden. Diesen aber trifft die Klage durchaus nicht wegen irgend einer Verantwortlichkeit, sondern als Repräsentanten oder Defensor des Seinigen. Ging nach beendigtem Prozesse das Urtheil dahin, daß der Schade vergütet werden müsse, so wäre dieses wieder Pflicht der Sache selbst. Allein auch da macht es ihre Unselbstständigkeit nöthig, daß der Eigenthümer an ihrer Stelle thätig werde, aber nicht so, daß er nun an ihrer Statt den Schaden ersetze, sondern sie ist es, welche als zahlungsunfähig dem Kläger oder Gläubiger anheimfällt, so daß der Sklave oder das Thier durch seinen Leib büßt, wo anderer Ersatz nicht möglich ist, grade wie nach den 12 Taf. auch der insolvente Schuldner dem Gläubiger als Eigenthum anheim fiel. Der rechtliche Weg nun, auf welchem dieses Anheimfallen geschehen kann, ist, daß ihr Repräsentant, der Eigenthümer, sie hingebe (noxae datio); es muß diesem aber eben so frey bleiben, des Klägers Ansprüche auf Ersatz und Privatstrafe zu be-

friedigen, und sich dadurch sein Eigenthum zu erhalten. Dies ist der Grund der dem Eigenthümer gestatteten Wahl zwischen noxae datio oder litis aestimatio, und keineswegs ist ersteres als besondere Begünstigung zu betrachten, wie es meines Wissens bis jetzt allgemein behauptet worden, ja [illegible] könnte man noch die Erlaubniß, das Seinige durch litis aestimatio sich zu retten, als jenes, für eine billige Nachsicht erachten, wenn nicht auch dies aus des Herrn Verhältniß, der als procurator in rem suam zur Selbstbefriedigung des Gläubigers vollkommen befugt ist, nothwendig folgte.

§. 11.

Da niemand gezwungen werden kann, sein Eigenthum zu schützen und zu vertheidigen, so steht es auch dem Herrn vollkommen frey, sich auf den Prozeß gar nicht einzulassen (recusare judicium), in sofern er nur die Sache selbst verabfolgen läßt; denn den Unbequemlichkeiten des Prozesses darf er sich wohl entziehen, nicht aber ein dem Dritten verfallenes Object vorenthalten, was er vielmehr als Eigenthümer cediren (cedere) muß. Daraus ergibt es sich dann, wie das ganze Institut der Noxalklagen mit dem Eigenthume zusammenhängt, so daß die Klage nur gegen denjenigen gehn kann, welcher zur Klagezeit Eigenthümer war, denn die noxa klebt dem klagenden Subjecte

an [55]), und es ist mithin zufällig, wer grade zur Zeit der Klage Eigenthümer (Repräsentant) ist. Daraus folgt denn weiter, daß auch der Manumittirte für die während der Sklaverey begangenen Delicte selbst hafte, und zwar nun in solidum, da er auch vorher für den ganzen Schaden verantwortlich war, sein Herr aber deshalb noxaliter, d. h. so weit als sein Schützling zahlfähig ist, nämlich bis zu dem Werthe seines Körpers, denn summa ratione permissum est, noxae deditione defungi, namque erat iniquam, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse [56]).

Daß also der Sklave Eigenthum des Beschädigten wird, ist, wie bey dem insolventen Schuldner, ein Surrogat des unmöglichen Ersatzes, keineswegs Folge einer geringeren Verantwortlichkeit, und er muß daher nach erlangter Freyheit für seine Delicte nothwendig selbst und vollständig einstehn. Daher kömmt es, daß die Hauskinder, wegen deren ehemals der Vater eben so wie der Herr wegen seiner Sklaven haftete, nunmehr nach erlangter Selbstständigkeit (wie aus der Geschichte der Pekulien bekannt ist) selbst belangt werden konnten und folglich mußten, wenn keiner freywil-

55) Noxa caput nocentis sequitur, L. 18. D. de furtis (47. 2).

56) §. 2. I. de nox. actt.

lig die Defension übernahm [57]). — Nothwendig war es ferner, daß mit dem Untergange des Sklaven oder Thiers, von dem der Schade verübt war (vor geschehener Litiscontestation nämlich), auch keine Klage mehr möglich war; denn wer sollte nun zur Verantwortung gezogen werden? da ja nicht einmal die aus den Delicten der Freyen entspringenden Klagen vor der Litiscontestation (den Fall der Bereicherung abgerechnet) auf die Erben übergehn. — Kurz alle diese unten näher zu entwickelnden Folgen des durchgeführten Noxalprincips sind nur consequente Anwendungen, ja vollkommene Bestätigungen obigen Grundsatzes.

§. 12.

Da nicht einmal der Freye für andere Beschädigungen, als die durch seine culpa (im weitesten Sinne, da es den dolus umfaßt) verursachten haftet, so kann der Sklave auch nicht für die von seiner Seite casuellen Verletzungen einstehn, daher die Regel: der Sklave haftet nur für solche Handlungen, wegen deren er

---

57) L. 33. de nox. actt. (Pomponius) Noxali judicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, si servus est; quod si liber est, qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda est. L. 34. eod. (Julian.) Quotiens enim nemo filiumfamilias ex causa delicti defendit, in eum judicium datur. Das Weitere unten.

als Freyer selbst belangt werden könnte [58]). Nur sind Noxalklagen, die den Herrn doch wenigstens zum Verluste des Sklaven zwingen, gerecht. Sie fallen daher bey vom Herrn befohlenen Delicten weg, wenn sie nicht von der Art waren, daß der Sklave den Gehorsam versagen mußte, mithin keineswegs, nach dem gesetzlichen Ausdrucke selbst, entschuldigt ist, so daß dann der Herr noxaliter und electiv in solidum belangt werden kann, was nach geschehenem Eigenthumsübergange sehr wichtig ist, weil dann die eine Klage gegen den Befehlenden, da dieser wegen seiner Schuld haftet, nicht mit übergeht (§. 75. folgg.).

Wenn es ungerecht ist, Noxalklagen bey zufälligen Beschädigungen der Sklaven zu gestatten, so muß ein Gleiches auch bey Thieren gelten, und wie man einen Sklaven gegen die juristische Ansicht, welche ihn als Sache behandelt, zur Beurtheilung seiner Verantwortlichkeit frey denken muß, eben so tritt eine gleiche Fiction auch bey Thieren ein. Was nämlich bey den Sklaven die Delicte sind, sind bey den Thieren ihre Unarten und Tücken, ihre naturwidrige Wildheit, und was dort Zufall ist, dafür muß hier alles das gelten, was ein Thier instinctmäßig, also

58) L. 2. §. 1. L. 31. de nox. actt. L. 2. de eo per quem factum (2. 10). L. 9. de jurisd. (2. 1), L. 1. fin. L. 3. pr. si famil. furt. (47. 6); wiewohl dies mehr aus dem ganzen System der Noxalklagen, als aus bestimmten Worten der Gesetze hervorgeht.

seiner Natur gemäß, ausübt. — Darauf gründet der Unterschied zwischen den contra oder secundum naturam verübten Beschädigungen; denn so wie niemand wegen seiner zufälligen unverschuldeten Verletzungen zur Verantwortung gezogen werden kann, und dies auch auf die Noxalklagen bey Sklaven angewandt wurde, eben so wäre es ungerecht, wegen der Beschädigungen der Thiere eine (Noxal-) Klage unbedingt und ohne alle Ausnahme zu gestatten. Also auch hier mußte ein Analogon der Imputation eintreten, und dies ergab sich durch die Unterscheidung solcher Handlungen, welche das Thier instinctmäßig und auf die ihm angeborne Weise gethan, die mit den casuellen, und denen, welche auch bey Thieren unnatürlich und ihrer Gattung selbst zuwider sind, die also mit den imputabeln der Menschen in gleiche Categorie gesetzt wurden (§. 24. folgg.).

§. 13.

Ganz dieselben Principien galten auch für die durch Immobilien entstandenen Beschädigungen, wo der Prätor durch Einführung der cautio damni infecti keineswegs, wie man gewöhnlich annimmt, einen ganz willkührlichen Eingriff in die Rechtsgrundsätze gemacht hat, denn auch hier ist genau derselbe Unterschied zwischen solchen Beschädigungen die durch einen innern Fehler derselben (vitium aedium, loci, operis), oder ohne diesen auf eine Weise

veranlaßt wurden, die als naturgemäß zu erachten war [59]). Denn auch bey Gebäuden konnte man den Eigenthümer (in deren Namen) nicht für jeden Schaden ohne Unterschied verantwortlich machen, da dies nicht einmal bey dem Herrn von Sklaven und Thieren galt. Die Distinction durfte aber auch wieder nicht die Schuld des Eigenthümers berücksichtigen, da dieser, auch wenn er das baufälligste Haus zu repariren unterließ, dazu ohne besondere Obligation nicht angehalten werden konnte. Man sah mithin darauf, ob der Schade durch einen innern Fehler des Gegenstandes, oder durch einen solchen Einfluß entstanden ist, dem auch ein gutgebautes und wohlerhaltenes Haus nicht widerstehen konnte [60]).

---

59) — — Nemo dixit palustris loci vel harenosi nomine, quasi vitiosi, committi stipulationem: quia naturale vitium est: et ideo nec ea stipulatio interponitur neque interposita committetur (committitur), L. 24. §. 2. de damno inf. (39. 2).

60) — Labeo — scribit, de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu, aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. — Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae damnum vicino dederint, ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum, vel qua alia ratione, quae vim habet divinam. Labeo et rationem adjicit: quod (Flor. quo) si hoc non admittatur, iniquum erit: quod (Flor. quo) enim tam firmum aedificium est, ut fluminis, aut maris, aut tempestatis, aut ruinae, (aut) incendii, aut terrae motus vim sustinere possit? L. 24. §. 3. 4. eod.

Der Prätor hat ferner durch Einführung seiner Caution durchaus nicht einen Contract (wenn auch nicht absolut, doch durch dem Weigernden gedrohte Nachtheile — allmählige Missionen) erzwingen wollen, um dadurch erst eine civilistische Verbindlichkeit zur Reparation zu begründen, wodurch er indirect eben so unrecht gethan hätte, wie durch sogleich befohlene Repation; sondern er hat eine längst vorhandene Pficht, den geschehenen Schaden zu ersetzen, oder das ganze eingestürzte Haus (nicht blos die herübergefallenen Steine) dem verletzten Nachbar zu überlassen, nur (der Analogie vieler andern Edicte vollkommen gemäß) auf den noch künftigen aber vorauszusehenden Schaden angewandt, und so denen, welche nachher obige Rechtshülfe gehabt hätten, die Cautionsforderung als Vorbeugungsmittel gestattet; denn das römische und jedes andere Recht gewährt oft zum voraus und gewöhnlich mittelst Cautionen Sicherheit gegen erst zu befürchtende Nachtheile in sofern letztere alsdann ein Gegenstand des Ersatzes wären. — Dadurch bekam aber das ganze Institut allerdings eine ganz andere Gestalt, indem jetzt dem Raisonnement der römischen Juristen immer das prätorische Edict zur Grundlage diente; allein dessen Ausführung sowohl als der Beweis jener Behauptungen liegt nicht in dem Zwecke der gegenwärtigen auf die Noxalklagen beschränkten Untersuchung, und ich habe es nur des Zusammenhangs, der Analogie, und des

Systems wegen, auf das ich aufmerksam machen wollte, berührt. Doch mag zum Schlusse, wegen der darin auf unsre Materie enthaltenen Hindeutung, L. 7. §. 1. de damn. inf., welche Ulpian den Worten des Edicts unmittelbar folgen läßt, hier eine Stelle finden.

Ulp. Lib. 53. ad Edict.

Hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum ceterae actiones ad damna quae contigerunt sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione et aliis: de damno vero facto nihil edicto cavetur: cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos soleant [61]) onerare, quam ut noxae ea dedamus: multo magis ea, quae anima carent, utra nos non debent [62]) onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare.

§. 14.

Durch dieses Institut der Noxalklagen kömmt nun allerdings der Herr zu Schaden, indem er wenigstens den

61) So Vulg. et Hal., die Flor. solent.

62) Wieder Vulg. et Hal., Flor. deberent.

Sklaven oder das Thier zu verlieren genöthigt ist, so daß er sich indirecte hinlänglich veranlaßt sieht, über das Seinige die mögliche Aufsicht zu führen, wodurch denn auch hier alle die Wirkungen eintreten, welche eine Gesetzgebung hervorbringen wird, wenn sie durch polizeyliche Verordnungen jeden, dessen Thiere (oder Sklaven) einen andern beschädigen, wegen nachlässiger Aufsicht selbst verantwortlich macht. Aber was im römischen Rechte Wirkung ist, hat man bisher als Ursache betrachtet, wodurch denn ganz andere Resultate entstehen müßten, da weder noxae datio noch noxae caput sequitur dann möglich wäre. Außerdem liegt in der bisherigen Ansicht eine wirkliche Ungerechtigkeit, indem sie culpa annimmt, wo oft keine ist, mithin im Falle der Unschuld des Eigenthümers zu weit geht, wenn sie ihn auch nur bis zum Verluste des Objects benachtheiligt; dagegen im Falle der Schuld nicht weit genug, wenn sie dem unschuldigen laesus zumuthet, sich mit noxae datio zu begnügen. Der Römer erreicht aber denselben Zweck durch die strengste Consequenz, und findet es sogar unmöglich, wie des Sklaven Schuld den Herrn über seinen Körper hinaus verantwortlich machen könne. Danach ist es auch weder ungerecht, daß oft der Unschuldige leidet, noch daß der Verletzte nicht voll befriedigt wird; denn wenn aus civilistischen Gründen der Herr nicht gehalten ist durch positive Thätigkeit andre vor Schaden zu wahren, und dieser mangelnden Pflicht halber der Herr bey den Verletzungen seiner Sklaven oder Thiere als un-

schuldig gelten muß, so ist der Schade juristisch betrachtet ein Unglück (casus), von dem man nicht sagen kann daß es gerechter sey, wenn ihn der Eine wie wenn ihn der Andere trägt, während auf einer Seite stets der Nachtheil seyn muß. Die Erlaubniß nur noxae zu geben, wird erst dann ungerecht, wenn man von dem Vordersatze ausgeht, es sey Obhut des Herrn Schuldigkeit, wobey aber umgekehrt selbst die Herabsetzung des Ersatzes auf bloßen Verlust des Gegenstandes noch ungerecht bleibt, wenn sie da eintritt, wo keine Aufmerksamkeit den Schaden hindern konnte, wie z. B. bey dem Sklaven oder Thiere eines infans oder furiosus. Der Römer dagegen sieht hierin nur ein Unglück des Eigenthümers, [63]) die noxa klebt dem schädlichen Subjecte selbst an, und weder laesus noch dominus können über Ungerechtigkeit klagen, der Eine wenn er nicht genug erhält, der andere wenn er auch nur etwas verliert, da keiner ein ausschließliches Recht nachzuweisen im Stande ist, wonach grade er von dem Unglücke frey zu seyn fordern könnte.

§. 15.

Der laesus kann den unschuldigen [64]) Eigenthümer

---

63) Ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum praestare debet, Ulp. in L. 149. de R. J. (50. 17). Oben wurde der Beweis dieses Zusammenhangs als das zu lösende Problem aufgestellt.

64) Und er ist dieses auch im Falle wirklicher, aber nicht zu verantwortender Nachlässigkeit.

nicht zum Ersatze oder zur Privatstrafe nöthigen, wohl aber vom Repräsentanten das schuldige Subject abfordern, wenn letzterer nicht freywillig die eigentliche Befriedigung des Klägers vorzieht; und der Eigenthümer sieht in diesem Verluste ein Unglück, das sich mit seinem Eigenthume zugetragen hat (domesticum malum, wie es Ulpian (s. §. 7. Nota 49. a. E.) nennt). So wie ein physischer Fehler eines Sklaven (oder Thiers) dessen Werth verringert, wie sein Tod mir ihn ganz entzieht, eben so gereichen mir auch solche moralische Fehler zum Nachtheile, die mir den Verlust desselben zuziehen. Ob Krankheit oder Diebssinn mich um meinen Sklaven bringt, ob mein Pferd durch einen körperlichen Fehler umkömmt, oder ob ich es durch seine Unart des Ausschlagens verliere, ist völlig gleich, und es liegt also der ganzen wenn auch sonderbaren Ansicht nur civilistische Strenge und volle Gerechtigkeit zu Grunde, während sie politisch betrachtet grade dieselben Vortheile bringt als jene, die sich auf den vermeintlichen Standpunkt der Billigkeit stellt. Folge und zugleich Beweis des hier Behaupteten ist, daß die an dem Sklaven klebende noxa gleich jedem andern physischen vitium beurtheilt wird, so daß deren Nichtvorhandenseyn beym Verkauf Gegenstand der Stipulation ist, und dann die actio redhibitoria oder quanti minoris wegen verborgener moralischen Fehler eben so wie wegen physischer Statt findet. Mithin hat auch der noxaliter Belangte allerdings Regreß an seinen Auctor, welcher Regreß aber nach dieser

Ansicht nothwendig, nach jener unerklärlich ist; denn deshalb, weil der Eigenthümer sich wieder rückwärts wenden kann, ist noch niemand berechtigt nun ihn zu belangen, da es bekanntlich vortheilhafter ist, gar nicht zu haften, als einen (manchmal nicht einmal wirksamen) Regreß zu haben, also dessen Möglichkeit eine an sich nicht zustehende Klage durchaus nicht rechtfertigen kann. Außerdem steht der Regreß nicht still, wo zur Zeit der noxa das Eigenthum (und die etwanige Nachlässigkeit) war, sondern auch dieser Verklagte wendet sich wieder an denjenigen, von welchem er den noxium servum (das noxium animal) erhalten hatte.

Dem Beweise und der Ausführung alles bisher Erörterten ist das Folgende bestimmt.

§. 16.

Jedes Privatdelict, insofern nur an sich möglich ist, daß dasselbe von einem Sklaven verübt werde, begründete eine Noxalklage, denn diese ist nichts anderes als jede andere Delictsklage mit dem Unterschiede, daß ein Sklave Thäter ist und sein Herr in dessen Namen belangt wird. Wo also die Gesetze bey einem Delicte den Zusatz machen, es trete auch noxae datio ein, so ist damit nur gemeint, im Falle der Sklave sich das erwähnte Vergehen zu Schulden kommen lasse, würde die daraus entspringende Klage zur noxalen. Bey Thieren sind Delicte, z. B. Entwendung, Betrug u. s. w. nicht denkbar, sie können nur be-

schädigen, und ihre Verletzungen tragen äußerlich samt und sonders einen gleichen Character, greifen nur die Substanz an, und sind ähnlich denjenigen, welche bey Menschen die aquilische Klage begründen. Dem Princip dieser Klage ist die ihrentwegen angeordnete Noxalklage nachgebildet; denn das aquilische Gesetz selbst wurde zwar später gegeben, aber einzelne Entschädigungsklagen (von diesem nachher in Ein Ganzes zusammen gefaßt) kannten schon die 12 Tafeln [65]). Man kann also auch eine eigentliche injuria den Thieren nicht zuschreiben, weshalb die Römer statt dessen einen eigenen technischen Ausdruck pauperies hatten [66]). Jener Analogie nun gedachte bereits Theophilus, [67]) indem er sagt:

Etiam brutorum animalium causa, quae aliis nocuerunt, actiones noxales inventae sunt. Sed noxalis furti, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum dici nequit in illis locum habere: an vero noxalis Aquiliana? — Auch dieses verneint er, und nennt nun, wie der Legaltext,

65) L. 1. pr. ad leg. Aquil.

66) Vergl. §. 25. Pauperies proprie non est injuria sed injuriam imitatur, Noodt Comm. ad Tit. si quadrup. pr.

67) Ad pr. I. si quadrup.

die besondere Noxalklage, welche die 12 Tafeln dafür angeordnet haben.

Es gab also bey den Thieren nur **eine** Noxalklage, die actio de pauperie (bey den Neueren quadrupedaria).

Bey den Sklaven dagegen gab es **verschiedene**, so mannigfaltige Delicte hier eintreten konnten, und es liegt schon hierin ein unzweifelhafter Beweis, daß überall nur des **Sklaven** That den Standpunct der Beurtheilung bildet, weil die in nachlässiger Aufsicht u. s. w. liegende Schuld des Herrn **immer dieselbe** seyn müßte. Folgende Reihe von Noxalklagen ist es, welche ich in unsern Rechtsquellen gefunden habe.

1) Actio legis Aquiliae noxalis [68].

2) A. furti n. [69].

---

68) §. 4. I. de nox. actt. L. 2. 10. 19. D. eod. L. 27. §. 11. ad leg. Aq. L. 14. §. 7. de servo corr. (11. 3) L. 6. §. 1. nautae (4. 9) u. s. w.

69) §. 4. I. cit. L. 8. 9. L. 38. §. 2. de nox. actt. L. 1. §. 2. de priv. del. (47. 1); L. pen. §. 1. nautae; L. 45. loc. (19. 2); L. 110. de leg. I. (30), L. 21. C. de furtis (6. 2) u. s. w. — L. 21. §. 1. de act. rer. amot. (25. 2) spricht von **dieser** Klage gegen die Frau (in solidum) weil sie dem Sklaven die Entwendung **befahl** (denn hierin mußte er gehorchen, Cujac. in Pauli edict. Lib. 37.

3) Condictio furtiva nox. [70]).

4) Actio injuriarum nox. [71]).

5) A. vi bonorum raptorum n. [72]).

(Opp. T. 5. p. 571) und unten §. 75); wo aber der Sklave haftet, nämlich im Falle der ignorantia dominae, wovon §. 2. spricht, da ist die Klage noxal, und actio furti genannt, nicht mehr rerum amotarum, denn der Grund des vertauschten Namens tritt bey dem Diebstahl von Seiten des Sklaven nicht ein.

70) L. 4. de cond. furt. (13. 1) Ulpian. Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest. Also, was der Herr von dem gestohlenen Gegenstande nicht mehr hat, muß er (falls er es nicht bezahlen wollte) durch noxae datio ergänzen. Nur geht hier ausnahmsweise die Klage nicht auf den Freygelassenen über, weil der Herr durch den Diebstahl bereichert worden war, also auch nur von ihm condicirt werden konnte, L. 15. eod. Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber (factus, Vulg. et Hal.) furti tenetur: condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit (Celsus). Vgl. dazu L. 57. de O. et A. (44. 7). Man kann also deshalb noch nicht mit Cujac ad Tit. C. de cond. furt. (Opp. T. 9. p. 237) und Otto Tabor tract. vol. 2. p. 95. die condictio furtiva noxalis ganz läugnen. Dafür ist Donell, Comment. ad Cod. Lib. 6. Tit. 6. nr. 39. —

71) §. 4. I. cit. L. 17. §. 4. 7. D. de injur. (47. 10.)

72) §. 4. I. cit.

6) A. de dolo n. [73])

---

73) L. 16. D. ad exhib. (10. 4) L. 9. §. haec de dolo. D. de dolo (4. 3), d. h. §. 4. der Vulgatausgaben, welche mit et si servum den §. 3 anfangen. Bey Gebauer aber ist das pr. der L. 9 getheilt in pr. und §. 1, es beginnt also mit et si servum schon der §. 4; dagegen ist bey haec de dolo kein Absatz, und so coincidirt wieder §. 5. In so fern aber dadurch das „haec de dolo“ mit dem vorhergehenden zusammenhängt, gibt diese Interpunction keinen Sinn. Denn die actio de dolo des §. et si servum beruht auf des Beklagten eigenem dolus, weil er einen verpfändeten Sklaven noxae gab, wie §. 70, 71. erläutert wird. — Die nun folgende Bemerkung aber, daß die actio de dolo auch noxal seyn könne, ist etwas für sich Bestehendes, und wird durch die nachherigen Worte näher erklärt, wie die Verbindung mit ideo zeigt; nämlich es sey bisweilen die de dolo actio servi nomine — de peculio, bisweilen noxal, je nachdem sein dolus eine Contractsklage begründet (die freylich gegen den Herrn peculiariter geht), oder eine Delictsklage (welche noxal seyn muß, indem zum Delinquiren kein peculium gegeben wird). Z. B. peculiariter hat man die actio commodati oder depositi, wenn der Sklave diese Contracte gebrochen, L. 3. §. 4. comm. (13. 6). L. 1. §. 42. dep. (16. 3) und das Berufen auf eine, selbst dolos geschehene, Contractsverletzung ist so sehr von den Delictsklagen entfernt, daß auch nach der Manumission schlechterdings nicht gegen den Manumittirten aus dem Contracte geklagt werden kann, quamvis solemus dicere doli etiam in servitute commissi tenere quem debere, quia et delicta et noxae caput sequuntur, L. 1. §. 18. depos. mit L. 21. eod. und Cujac. in Cod. 4. 14. (Opp. T. 9. p. 252). Die actio de dolo nox. aber hat z. B. statt: „si mihi callide servus persuaserit, ut hereditatem repudiarem“ Cujac. ad L. 9. de dolo (Opp. T. 1.

7) A. de servo corrupto n. 74)

8) A. quod metus causa n. 75)

---

p. 980), überhaupt bey jedem dolus des Sklaven, der auch eine a. de dolo gegen den Freyen begründet hätte. — Eben so kann umgekehrt demjenigen, welcher mich ex peculiari negotio seines Sklaven belangt, wegen dessen dolus immer die exceptio doli entgegengesetzt werden. Si autem non ex peculiari causa, tum de eo duntaxat excipi oportet, qui admissus sit in ipso negotio, quod geritur: non etiam si postea aliquis dolus intervenisset: neque enim est (so Vulg. et Hal., die Flor. esse) aequum, servi dolum amplius domino nocere, quam in quo opera ejus esset usus, L. 4. §. 17. de doli exc. (44. 4). Seine Delicte hat der Sklave selbst zu verantworten, es kann mithin aus seinem dolus keine exceptio gegen eine Contractsklage des Herrn abgeleitet werden, in sofern nicht der dolus in dem Geschäfte selbst begangen worden ist, zu dem ihn der Herr mitbenutzt hat; denn dann hat sich der Herr die Klage selbst zugezogen, indem er durch Gehülfen negotiirt, welche dabey den Contrahenten Schaden zufügen. — Doch gestattet L. 24. §. 3. de minor. (4. 4), daß der Sklave, welcher einen minor im Contrahiren betrogen hat, wenn weder der Gewinn, noch das peculium zum Ersatze hinreichen, entweder gezüchtigt — oder noxae gegeben werde, ausnahmsweise, wie Voet (Comm. ad T. de nox. actt.) richtig bemerkt.

74) Wenn ein Sklave einen andern verführt, L. 5. § 3. L. 14. §. 2. D. de servo corr. (11. 3). Cujac. in lib. 19 Pauli ad ed. (Opp. T. 5. p. 250).

75) L. 16. §. 1. D. quod m. c. g. (4. 2) Sed si servi metum adhibuerint, noxalis quidem actio ipsorum nomine erit, s. unten §. 49.

9) Interdicta noxalia [76]) und zwar

a) Int. unde vi nox. [77]),

b) Int. quod vi aut clam n. [78]).

10) Actio in factum n. gegen denjenigen, welcher einen in possessionem Mittirten nicht zugelassen hat [79]).

11) A. in factum n. gegen diejenigen, „qui in jus vocatos vi eripiunt" [80]).

12) A. in f. n. gegen denjenigen, welcher einen hindert sich vor Gericht zu stellen, (qui impedit judicio sisti) [81]).

13) A. in f. n. gegen den mensor wegen falschen Messens [82]).

---

76) L. ult. de interd. (43. 1). Interdicta noxalia ea sunt, quae ob delictum eorum, quos in potestate habemus, dantur; veluti cum vi dejecerunt, aut vi aut clam opus fecerunt.

77) L. 1. §. 15. D. de vi (43. 16) und L. ult. cit.

78) L. 7. §. 1. L. 14. D. quod vi aut cl. (43. 24) und L. ult. cit.

79) L. 17. pr. mit §. 3. D. de damn. inf. (39. 2).

80) L. 1. §. 1. mit pr., L. 5. §. 3. D. ne quis eum qui in jus, rel. (2. 7).

81) L. 1. §. 5. L. 2. de eo per quem fact., rel. (2. 10), Cujac. in Lib. 6. Pauli ad Ed. (Opp. T. 5. p. 99).

82) L. 3. §. ult. si mensor. (11. 6).

14) A in f. n. gegen den falsus tutor, welcher doloser Weise auctoritas einlegte [83]).

15) A. in f. n. gegen Wirthe, Schiffer und Stallleute [84]).

16) A. de dejectis et effusis n. [85])

17) A. de posito et suspenso n. [86])

18) A. de sepulcro violato n. [87])

19) A. de albo corrupto n. [88])

20) A. aquae pluviae arcendae n. [89])

21) A. arborum furtim caesarum n. [89 a])

---

83) L. 9. §. 1. D. quod fals. tut. (27. 6).

84) L. 7. §. 4. nautae (4. 9), nicht die a. de recepto, denn diese gründet nicht auf einem (Quasi) Delicte. — Ueber die Quasidelicte und ihrem Verhältnisse zu den Noxalklagen s. Cap. 10.

85) L. 1. §. 4. de his qui eff. (9. 3). Vgl. §. 92.

86) L. 3. §. 6. eod. Ueber diese und die folgenden als Popularklagen vgl. unten §. 42.

87) L. 3. §. 11. de sep. viol. (47. 12).

88) L. 9. de jurisd. (2. 1).

89) L. 6. §. 7. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3). Denn auch sie beruht auf einem Delicte, was bey der cautio damni inf. zu erörtern ist.

89 a) L. 7. §. 5. D. arb. furt. caes. (47. 7).

Viertes Capitel.

Noxa caput sequitur. — Des Sklaven Schuld begründet die Klage.

---

§. 17.

Ein vollständiger Beweis der oben dargestellten Ansicht liegt schon in dem römischen Grundsatze, daß die Schuld dem verletzenden Subjecte, sey es Sklave oder Thier, anklebe, [90]) und in der consequenten Weise mit welcher die Römer dieses durchführten.

90) „Noxa" oder „noxalis actio caput sequitur" L. 1. §. 12. D. si quadrup. (9. 1). L. 20. de nox. actt. (9. 4). L. 1. §. 18. D. depos. (16. 3). L. 41. §. 2. de furt. (47. 2). L. 1. §. 2. D. de priv. del. (47. 1). Unter caput darf man aber nicht mit Glück Comm. §. 692. Note 45. die freye Person des Eigenthümers verstehen, was auch der von ihm angeführte Brisson. sub v. caput nicht behauptet, sondern den verletzenden Sklaven, das verletzende Thier selbst, L. 18. de furt. caput nocentis sequitur; L. 1. pr. si quadr. — id quod nocuit, i. e. id animal quod noxiam commisit.

Die Noxalklage geht gegen den Eigenthümer, nicht gegen denjenigen, in dessen Eigenthum das schuldige Haupt nicht mehr ist, mag er solches durch Alienation, Manumission, Dereliction, Tod u. s. w. verloren haben, [91]) insofern er nur nicht schon Litiscontestation eingegangen, also dadurch nach andern Rechtsprincipien die Verbindlichkeit selbst übernommen hatte, folglich wenn er dann den Sklaven, das Thier, nicht mehr herbeyschaffen kann, zur litis aestimatio genöthigt ist [92]). Denn es stand ihm frey, sich

---

91) Daher hat auch der Empfänger bey nachherigem Verluste aus vorher begründeten Ursachen, wenn z. B. der erhaltene Sklave ein statuliber war, unmöglich deshalb einen Regreß, und nur das kann er verlangen, daß der Cedent nicht nach erhobener Klage oder dolose durch sein factum, z. B. durch Verpfändung, diesen Verlust begründe, L. 14. §. 1. L. 32. de nox. act. s. die folg. Note.

92) §. 5. 6. I. de nox. actt. (4. 8). L. 1. §. 12. 13. (Plane si ante litiscontestationem decesserit animal extincta erit actio), §. 16. §. ult. D. si quadr. L. 39. de nox. actt. (Mortuo servo, antequam judicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus). L. 38. §. 1. (Si servum pro derelicto habeam, qui tibi furtum fecerat, liberari me: quia statim meus esse definit, ne ejus nomine, qui sine domino sit, furti sit actio). L. 14. §. 1. eod. Paulus (Sed et si statuliber sit, et ante deditionem exstiterit conditio, (vel) per fideicommissum libertas fuerit ante praestita, vel existente conditione legati dominium fuerit translatum, arbitrio judicis absolvi eum oportet. Et officio judicis hoc quoque erit, ut caveatur ei,

auf die Klage gar nicht einzulassen und sogleich zu cediren (§. 38, 59); versucht er es mithin, sich durch Führung des Prozesses den Sklaven zu erhalten (weil z. B. des Klägers Behauptung unwahr oder unerweislich seyn kann): so muß er sich auch auf der andern Seite gefallen lassen, die Nachtheile des durch diese Verzögerung entstandenen Verlustes zu tragen.

Damit hängt nothwendig zusammen, daß derjenige, welcher selbst vor angebrachter Klage Eigenthümer des Sklaven wurde, von dem er verletzt worden, nun nicht mehr klagen darf, weil eine solche Lage entstanden ist, in welcher die Klage nicht hätte beginnen können, die nun auch, mit dem Eigenthum erlöschend, nach der Alienation nicht wieder entstehen kann [93]. Nach geschehener Litis-

---

cui deditur, ob evictionem (de evictione) ob suum factum contingentem). L. 15. eod. Gajus (Praetor decernere debet translationem judicii in statuliberum fieri. Si vero rei judicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cassius liberari heredem putant, tradendo servum, quia toto suo jure cederet. Quod et verum est. L. 21. pr. L. 42. §. 2. eod. L. 15. §. 1. de interr. (11. 1). — Von der Ausnahme des dolosen Entäußerns s. unten §. 81. folg.

93) §. 6. I. de N. A. (4. 8). Si servus domino noxiam commiserit: actio nulla nascitur. Namque inter dominum et eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque et si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potes-

contestation aber war die Verbindlichkeit schon auf den Herrn selbst übergegangen, und ob nun ein Dritter oder sogar der Verletzte selbst, z. B. durch Kauf, Eigenthümer wird, ist irrelevant, da der Beklagte nun auf jeden Fall haftet, und bey unmöglicher noxae datio sogar für Litisästimation, besonders wenn er es sich selbst zuzuschreiben hat, sich jene unmöglich gemacht zu haben [94]. Ist übrigens dieser Untergang durch einen Dritten bewirkt, gegen welchen der Eigenthümer eine Klage hat, so kann er statt der Litisästimation diese Klage cediren, aber immer nach geschehener Litiscontestation, weil er außerdem gar nicht mehr

---

tate sit, agi potest. Unde si alienus servus noxiam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest. L. 37. D. de N. A. L. 16. 17. pr. §. 1. §. 2. de furt. (47. 2), vgl. mit L. 1. C. de N. A. (3. 41) und L. 1. §. 1. si is qui test. lib. (47. 4).

94) L. 37. fin. de N. A. (Thryphoninus) — — quod si post litis contestationem enm redemero, condemnandus erit venditor, L. 38. eod. (Ulpianus) quemadmodum si alii vendidisset: parvi enim refert, cui vendiderit, adversario, an alii: suaque culpa litisaestimationem subiturum (Flor. sublaturum), qui vendendo noxae deditionem sibi ademit.

verhaftet wäre [95]). Denn da er des Vortheils der noxae datio nicht wegen Unstatthaftigkeit, sondern wegen concreter Unanwendbarkeit beraubt ist, so muß ihm die möglichste Erleichterung gestattet werden; wiewohl er bey Unwirksamkeit der cedirten Klage subsidiarisch wieder in Anspruch zu nehmen ist [96]). Die cedirte aquilische Klage selbst geht aber nicht blos auf den Werth z. B. des getödteten Thiers, sondern auf das Interesse des Cedenten, der nun nicht mehr die noxae datio der litis aestimatio vorziehen kann [97]).

---

95) Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino legis Aquiliae actio competit, ratio in judicio habebitur legis Aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit. Ergo ex judicio proposito litisaestimationem offeret, nisi paratus fuerit actionem mandare adversus eum, qui occidit, L. 1. §. 16. si quadrup. (Hätte ein Nichteigenthümer die aquil. Klage anstellen können, so wäre Cession hier etwas sehr Ueberflüssiges).

96) Thibaut Pandectensyst. §. 979.

97) Si quadrupes cujus nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est, et cum eo lege Aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam ejus, in quo de pauperie actio est, referri debet: et tanti damnandus est is, qui occidit judicio legis Aquiliae, quanti actoris interest, noxae potius deditione defungi, quam litis aestimatione (m praestare, Vulg.) L. 37. §. 1. ad leg. Aquil.

§. 18.

Daß trotz der Litiscontestation wo möglich der Eigenthümer haftet, weil sie doch immer nur der Sache wegen unternommen war, ergibt sich aus einer von Paulus gegebenen Entscheidung folgenden interessanten Falls [98]. A besitzt einen Sklaven und wird deshalb von B mit der rei vindicatio, von C mit der actio furti noxalis belangt, und beydesmal fällt das Urtheil zum Nachtheile des Beklagten aus. War nun zuerst über die petitorische Klage entschieden worden, so braucht der Verurtheilte, welcher sich auch bereits auf das noxale judicium eingelassen hatte, nur dann zu tradiren, wenn der petitor für den Ersatz dessen, was wegen der Noxalklage zu zahlen ist,

98. A quo servus petebatur et ejusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque judicio condemnatus esset, quid se facere oporteret, si prius servus ab eo evictus esset? Respondit: non oportere judicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satis datum esset, quod pro eo homine judicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari, sed si prius de furto judicium factum esset, et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem judicium factum esset, non debere ob eam rem judicem, quod hominem non traderet, litem aestimare, quoniam nihil ejus culpa, neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet, L. 58. D. de R. V. (6. 1).

Caution leistet. Ist aber umgekehrt zuerst über letzteres abgeurtheilt, und vom Beklagten noxae gegeben worden, so haftet dieser nun dem siegenden petitor für nichts, weil ohne alle Schuld die Tradition unmöglich geworden sey. — Zuvörderst versteht es sich, daß nur die bereits geschehene Einlassung auf die Noxalklage ein Recht zur Cautionsforderung gab. Obgleich aber nach geschehener Tradition der noxaliter Belangte nur wegen seiner Litiscontestation haftet, so ruht der Nachtheil dennoch auf dem Eigenthümer, und an ihn darf jener regrediren. Dieser kann sich auch gar nicht beschweren, denn nimmt er das Eigenthum in Anspruch, so muß er sich auch die darauf lastende noxia gefallen lassen. Aber wie konnte Paulus den noxae Gebenden von Schuld frey sprechen, wenn dieser umgekehrt dabey versäumte durch reservirte Caution den petitor vor Nachtheil zu sichern? Darum, weil er hier keine Caution fordern durfte, indem der Bestohlene mit vollem Rechte den Sklaven ohne alle Verkürzung in Anspruch nimmt, weil dieser ihm wegen seiner eigenen noxa zufällt, und folglich auch der petitor selbst sich diesen Verlust gefallen lassen müßte. Gegen jede Cautionsforderung würde der Noxalkläger excipiren, daß gar kein Recht da sey, von ihm irgend eine Sicherung zu verlangen, da sein Anspruch auf den Sklaven selbst gehe, welchen der folgende Eigenthümer eben so voll vertreten müsse, als er, der jetzt als Eigenthümer dastehe.

§. 19.

Daß noxae datio nichts ist, als Befriedigung einer Forderung durch den Leib dessen, dem es an Selbstständigkeit zu anderer Befriedigung mangelt, beweist ferner diese Folge, daß wer einmal den Sklaven (oder das Thier) eines Delictes (oder Beschädigung) wegen erlangt hat, nun auch für die übrigen ohne Hülfe ist; daher der dominus nur dann, wenn er sich bey der einen Klage den Sklaven durch litis aestimatio gerettet hat, für dessen andere Delicte noch weiter haftet; lauter Consequenzen, welche nach der herrschenden Meinung unerklärlich bleiben, wonach gerade umgekehrt derjenige, welcher die litis aestimatio also meistens das plus gegeben, wenigstens eher von weiterer Klage frey seyn sollte, als wer das minus der noxae datio gewählt hat. Es sagt aber Gajus

Lib. 7. ad ed. prov. L. 20. de N. A.

Qui ex pluribus noxis diversis temporibus experitur, ex una noxia servi dominium nanctus, nullam amplius actionem habet adversus eum, qui dominus fuerat, cum actio noxalis caput sequatur. At si maluit dominus priori judicio litis aestimationem sufferre, vel eidem vel alii ex alio maleficio agenti nihilo minus tenetur.

Ulpian L. 18. ad ed. L. 14. pr. eod.

Si quis a multis conveniatur ex noxa ejusdem servi, vel si ab uno ex pluribus tamen delictis, non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offerre his, quibus dedere non potest. (Hierbey entsteht die weitere Frage, wem soll der Beklagte den Vorzug geben?) Quid ergo est, si a pluribus conveniatur? si quidem unus occupavit, an melior sit conditio, ut ipsi soli dedatur? an vero vel omnibus dedi debeat, vel cavere debeat defensum [98b] iri adversus ceteros? et verius est, occupantis meliorem esse conditionem. Ei itaque dedetur, non qui prior egit sed qui prior ad sententiam pervenit: et ideo ei qui postea vicerit, actionem denegari judicati [99].

Die Entscheidung selbst ist klar und richtig; denn da jeder Verletzte (in Ermanglung der litis aestimatio) ein volles Recht auf den Sklaven hat, so kann zwischen meh-

98b) Der ursprüngliche Text der Flor. und darum auch Gebauer haben defensu.

99) Dasselbe sagt L. 2. §. 3. de priv. del., denn nachdem von der Concurrenz der Delictsklagen gesprochen worden, heißt es: sed si servus sit qui haec admisit, quacunque actione noxae fuerit deditus, perempta est altera actio. Völlig analog damit ist L. 10. de pecul. (15. 1.) von Gajus.

reren Klägern nur Occupation entscheiden, und der einmal dem Einen zugefallene Sklave kann nicht auch wieder von dem andern wegen vorhergegangener Delicte in Anspruch genommen werden. Anders ist es, wenn der Herr dem laesus bereits eine cautio de in eadem causa sistendo geleistet, und dann einem andern noxae gegeben hat. Zwar könnte man auch hier sagen, wer den Sklaven einmal noxae erhalten hat, ist sicher, und die übrigen Noxalklagen fallen dadurch weg, jedoch der Cavirende ist wegen nicht gehaltenen Versprechens zum Schadensersatze verbunden. So hat wirklich Ofilius, vielleicht auch Ulpian raisonnirt:

L. 1. §. 1. D. si ex nox. caus. agatur (2. 9). Ulpian lib. 7. ad ed.

— — Sed et si noxae deditus sit, Ofilius non putat in eadem causa sisti: cum deditione ceteris noxalem actionem peremi putat [100]).

Sogleich aber widerspricht

Paulus lib. 6. ad ed. L. 2. pr. eod.

---

100) Da die Stelle hier abbricht, und die Widerlegung in unsrer Compilation von Paulus geschieht, so läßt es sich nicht mit Gewißheit entscheiden, ob Ulpian des Ofilius Meinung nur referirt oder gebilligt habe.

Sed alio jure utimur: nam ex praecedentibus causis non liberatur noxae deditus: perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset. Daß das „ex praecedentibus causis“ auf die Fälle geht, da der Prätor bereits angegangen, und die cautio de serv. in ead. caus. s. schon bestellt war, verbürgt die Verbindung mit dem Vorhergehenden sowohl als der Inhalt des Titels, abgesehen davon, daß sonst ein directer Widerspruch mit L. 14. pr. cit. entstände.

Es läßt sich nun allerdings für diese von der römischen Praxis durchgesetzte Meinung sagen, daß durch das gegebene Versprechen den Sklaven zu sistiren, und zwar in keiner schlechteren Lage als in der er sich zur Cautionszeit befand, der Accipient gesichert seyn solle, daher es so beurtheilt wird, als läge schon hierin eine Occupation im obigen Sinne: woraus folgt, daß der andere, welchem nachher noxae gegeben worden, nun nicht den sonstigen Vorzug der noxae datio vor andern Erwerbsarten hat, nämlich deshalb keiner Noxalklage wegen früherer Läsionen unterworfen zu seyn; sondern daß er wie jeder andere Eigenthümer (z. B. ein Käufer — perinde ac si venisset) dem, aber auch nur dem, noxaliter verhaftet bleibt, welcher durch Caution schon früher ein jus quaesitum zwar noch nicht auf den Sklaven selbst, aber auf dessen Vorführung vor Gericht, d. h. darauf hatte, daß man ihm die-

sen Sklaven nicht entziehe, sondern nachher sogleich übergebe oder das noxale judicium durchführe. — Durch die bloße Alienation ist nämlich die Caution noch nicht verletzt, sondern durch Alienation z. B. an einen Mächtigern, kurz nicht dadurch, daß man die Person des Defensors verändert, sondern daß man die Lage des Klägers erschwert oder seine Klage ganz vereitelt [1].

Um so billiger ist des Paulus Meinung, als es gar nicht in des Herrn Macht stand, dem neuen Kläger den Sklaven vorzuenthalten, er müßte denn die litis aestimatio vorziehen; allein damit konnte er auch denjenigen zufrieden stellen, welchem er cavirt hatte, und eben diese Härte wo möglich zu vermeiden (§. 18) ist grade das, was die practische Ansicht bezweckte.

§. 20.

Wem auch das Eigenthum wieder entrissen werden kann, z. B. durch die actio hypothecaria, Pauliana, restitutio in integrum, den trifft bis dahin dennoch die Noxalklage, wie sich das aus L. 36. de nox. actt. [2]) von selbst ergibt. —

---

1) L. 1. L. 5. D. eod.

2) (Ulpian) Si quis servum pigneratum, deinde a debitore subreptum, emerit a debitore, nomine ejus furti tenebitur, dominio servi acquisito: nec oberit, quod Serviana potest ei homo avocari. Idemque et

Feindliche Gefangenschaft macht natürlich eben so wie Tod der Noxalklage ein Ende, die dann nach den Grundsätzen des postliminiums auch wieder auflebt [3]).

Interessant ist es nun, noch einen Blick auf die von den Römern selbst aufgestellte Parallele des homo alieni juris mit dem Freyen zu werfen, zum Beweise, wie sehr immer nur das schuldige Individuum den Standpunct der Beurtheilung bildete.

L. 41. §. 2. D. de furt. Ulpian lib. 41. ad Sabin.

---

si a minore quis XXV annis emerit, vel in fraudem creditorum sciens: hi enim quamvis auferri eis dominium possit, interim tamen conveniendi sunt. Ich mache, beyläufig gesagt, auf dies Gesetz absichtlich aufmerksam; denn da es in einem wenig gelesenen Titel steht, so ist es bey Erörterung der Frage: ob der Pfandschuldner, welcher das gegebene Faustpfand dem Gläubiger wieder entwendet, daran ein Eigenthum übertragen könne, gänzlich übersehen worden, bejaht es aber mit dürren Worten, und stimmt daher mit L. 4. §. 21. D. de usurp. L. 5. D. pro empt., welche diese Sache trotz des furtums für usucapionsfähig erklären, vollkommen überein. Vgl. Heid. Jahrb. 1817. H. 6. S. 583. fg.

3) Si quis post noxam admissam hostium servus fuerit factus, videndum est, an extinguatur actio? Et Pomponius scripsit, extingui actionem, et si fuerit reversus postliminio, vel quo alio jure, renasci (nasci) eam ac-

Quamdiu vivit is, qui furtum fecit, non perit [4]) furti actio: aut enim sui juris est is, qui furtum fecit, et cum ipso actio est; aut alieni juris esse coepit, et actio furti cum eo est, cujus potestati subjectus est: et hoc est, quod dicitur, noxa caput sequitur.

§. 21.

Hieran schließen sich folgende zum Theil oben berührte Principien, welche die stärksten Argumente dafür geben, daß der ganze Gesichtspunct immer nur auf des Sklaven Schuld und eigne Verantwortlichkeit gerichtet war, und die Unmöglichkeit seines Zahlens den Grund enthielt, warum es überhaupt ein Institut der noxae datio gab. Nämlich

1) Der doppelte Umstand, daß die Noxalklage nach der Manumission gegen den libertus in solidum ging, und daß umgekehrt die directe Delictsklage gegen den Freyen, welcher in Sklaverey verfiel, zur noxalen wird.

---

tionem debere, et ita utimur. L. 41. §. 3. de furt. (47. 2.)

4) Das non perit der Flor. ist gewiß richtiger als das gewöhnliche competit, welches letztere auch viel eher als jene ungewöhnlichere Redensart fälschlich in den Text kommen konnte.

2) Daß der noxae gegebene Sklave von seinem alten Herrn nun auf immer abgetreten ist, aber wenn er durch erworbenes Geld die Ansprüche seines neuen Herrn befriedigt hatte, seine Manumission durch den Prätor erzwingen kann.

Diese Grundsätze beweisen deutlich, wie sehr die Sklaven in Hinsicht ihrer Delicte, wider alle gewöhnlichen Rechtsprincipien, als selbstständig erachtet werden. Sie sind in folgenden Stellen enthalten.

§. 5. I. de N. A.

Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit: quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio. Si in alterius potestatem pervenerit: cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit: directo ipse tenetur et extinguitur noxae deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse coeperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) 5)

5) Wenn sich ein major zur Theilung des pretiums verkaufen ließ, Theoph. ad h. l. und §. 4. I. de jure person (1. 3), woselbst auch von der Gefangennehmung die Rede ist; L. 7. pr. D. de lib. caus. (40. 12.)

incipit tecum esse noxalis actio, quae antea directa fuisset [6]).

§. 3. I. eod.

Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxae dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus dominium a domino transfertur. Sin autem damnum ei, cuideditus est, servus resarcierit quaesita pecunia: auxilio Praetoris invito domino manumittetur [7]).

Es ist hier nirgends eine Spur von einer Imputation des Herrn zu finden, sondern der Sklave selbst bildet den einzigen Gesichtspunct, so daß ihn sogar der neue Eigenthümer manumittiren muß, wenn er ihm die litis aestimatio erworben hatte, ein Satz, durch welchen man, ohne ausdrückliches Gesetz, der juristischen Verdammung sicher entgegen ginge. Nur aus der hier vertheidigten Ansicht

6) Vgl. ferner L. 17. pr. §. 1. de furt. L. 14. de O. et A. (44. 7). Paulus II. 31. §. 8. L. 4. C. an serv. pro suo fact. (4. 14.)

7) — — „neque enim dicimus, servum si per operas suas et ministerium aestimationem delicti ei, adversus quem deliquit, persolverit, aut alicunde etiam pecunia ditatus, illi eam tradiderit, ad dominum reverti; sed adeat Praetorem atque hoc ei probans, invito illo, qui ipsum in noxam habet, a Praetore manumittitur." Theoph. ad §. 3. I. cit.

läßt er sich erklären, aus der er eine consequente Folge ist. Denn in Bezug auf Delicte gilt der Sklave vermöge Fiction als frey, dem laesus fiel er wegen Unmöglichkeit voller Befriedigung zu, erwirbt er ihm also nur so viel, als derselbe zu fordern berechtigt war, so hat er seine Verbindlichkeit erfüllt, und kann (nach geführtem Beweise, wie Theophilus hinzusetzt) durch den Prätor seine Manumission erzwingen; also mit seinem anerkannten Herrn, nicht wie bey dem liberale judicium, wo die Behauptung dahin geht, daß er nicht Sklave sey, um die Entlassung prozessiren. — Der erste Herr aber, welcher statt der gestatteten Einlösung den Sklaven lieber abtreten wollte, hat dadurch seine Ansprüche auf immer verloren. Cujacius [8]) sagt über jene Stelle: „Locus est singularis et ratio haec, ut opinor, quod prior dominus eum abjecerit, et posterior magis noxam sarciri voluerit, judex quoque inprimis noxam sarciri jusserit.“ Mehr fand ich auch bey andern Interpreten nicht. Allein es bleibt dabey immer noch die Frage, wie konnte nach der durch Uebergabe des Sklaven vergüteten noxa ein weiteres Rechtsverhältniß zwischen Herrn und Sklaven entstehn? wie eine besondere Berechnung dessen, was der Sklave erwirbt, das ohne Rücksicht in des Herrn Vermögen kommen sollte? Nur jene durchgreifende Ansicht, welche bey Delicten einen ganz an-

---

8) Obs. Lib. 13. cap. 9. mit L. 21. C. 8. (Opp. T. 3. p. 366, 610); vergl. auch L. 4. §. 1. de manumiss. (40. 1.)

dern Standpunct nimmt, als bey den übrigen obligatorischen Verhältnissen, daher auch bey Sklaven nicht den sachlichen Gesichtspunct ins Auge faßt (s. §. 41, 45), erklärt dieses, so wie die ganze Noxallehre, wie sich unten noch weiter bestätigen wird.

§. 22.

Auch die capitis deminutio bleibt mithin hier ohne Einfluß, und der Sklave gewordene Freye wie der frey gewordne Sklave bleiben aus ihren Delicten fort verhaftet, nur mit dem Unterschiede, daß dort die noxale Klage zur directen, hier die directe zur noxalen wird, zum klaren Beweise, daß die Erlaubniß zur noxae datio nicht in Gründen der Billigkeit, sondern als ein mit dem Sklavenverhältnisse nothwendig verbundenes, also mit dessen Ende erlöschendes, mit dessen Anfang entstehendes, Institut da steht. — Es sagt Paulus im Tit. de cap. min. [9]: Injuriarum et actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant. Einer restitutio in integrum bedarf es hier nie, um ein durch capitis deminutio erloschenes Civilverhältniß wieder herzustellen, weil es ein natürliches und nicht durch positives Institut des strengen Civilrechts entstandenes Princip war, daß Delicte ganz individuell sind, und von dem Schuldigen in jeder

9) L. 7. §. 1. D. (4. 5), vgl. L. 1. §. ult. de priv. del. (47. 1.)

Lage verantwortet werden müssen [10]. — Interessant ist es, die Noxalklagen oft mit den Injurienklagen zusammengestellt zu finden, [11]) indem letztere unter allen Klagen aus Delicten zu den individuellsten gehören, und ausnahmsweise schon mit des Belangten Tode erlöschen, während die meisten andern Delicts- also auch Noxalklagen activ auf die Erben gehn. [12])

Durch Contracte vermochte auch der Sklave in der Regel [12a]) keine Verbindlichkeit zu begründen (§. 16. Note 73), obwohl er dadurch als libertus wenigstens naturaliter obligirt blieb, [13]) während er sich dagegen durch seine Delicte, selbst nach ausdrücklichem Zeugnisse der Römer, vollkommen obligirte.

L. 14. de O. et A. Ulpian lib. 7. disp.

---

10) L. 7. §. 2. 3. L. 18. de cap. min. (4. 5.) L. 1. §. 1. 2. de poen. (48. 19.)

11) Z. B. L. 5. si ex nox. caus. (2. 9.)

12) §. 1. I. de perpet. et temp. exc. (4. 12), L. 1. §. 1. D. de priv. del. (47. 1.)

12a) Ausnahme macht was zur Erlangung der Freyheit versprochen worden, L. 7. §. 8. de dolo (4. 3). L. 3. C. an serv. pro suo. (4. 14.)

13) L. 22. L. 32. de R. I. (50. 17), §. 6. I. de inutil. stip. (3. 19), L. 43. de O. et A. (44. 7) und vorzüglich L. 13. pr. de cond. furt. (12. 6), L. 50. §. 2. de pec. (15. 1.) Indessen galt auch dies nicht unbedingt, Cujac. in Cod. 4. 14. (Opp. T. 9. p. 252. 253.)

Servi ex delictis quidem obligantur: et si manumittantur obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.

§. 23.

Die Litisästimation begreift nicht allein den Schadensersatz, sondern die ganze Privatstrafe. Wenn es nun nicht strenges Princip wäre, daß der Sklave wie der Freye hafte, und noxae datio nur ein durch den Herrn zu vermittelndes Surrogat sey, wie konnte man auf dem hereinraisonnirten Billigkeitsstandpuncte dem Herrn die Erlaubniß versagen, sich wenigstens durch Schadensersatz deu Sklaven zu erhalten. Damit müßte sich der laesus vollkommen begnügen, denn da er nach jener Ansicht vom Sklaven nichts fordert, sondern den Herrn verantwortlich macht, worauf gründet das Recht auch Strafe zu begehren? Ist denn die nachlässige Aufsicht zugleich identisch mit dem daraus entstehenden Delicte? Kann der Herr, welcher es an der gehörigen Auswahl und Obhut seiner Sklaven fehlen ließ, deswegen auch im Falle des von ihnen verübten furtums wie ein Dieb auf das 2 oder 4fache belangt werden? Sein Unrecht war höchstens von der Art, daß es Anspruch auf Ersatz des Schadens gab, weshalb also nur dieser, nicht die litis aestimatio, die Alternative mit der noxae datio

bilden durfte, da diese Erleichterung jene Härte, der es selbst an allem Rechtsgrunde fehlte, nicht entschuldigen kann, zumal da sie nur in dem Falle Bedeutung hat, wenn der Sklave wirklich weniger werth ist, als Ersatz und Strafe zusammen betragen. — Grade im Gegentheile aber kann der Herr sogar, wenn die ganze Sklavenfamilie ein Delict, z. B. eine schwere Realinjurie verübt hat, nur durch Zahlung der jeden Einzelnen treffenden Strafe, grade als wenn es eben so viele Freye gethan hätten, von dem Verluste der ganzen Familie sich retten; was den Römern selbst so hart vorkam, daß es, wie sie ausdrücklich angeben, aus singulärer Milde der Prätor beym furtum gelinder bestimmte, weshalb man dies auch auf das damnum injuria datum aber nicht weiter ausdehnte, (s. §. 45. Note 42). Das alles könnte durchaus nicht gerechtfertigt werden, wenn man nicht eben den als Thäter und Schuldigen angesehen hätte, der selbst das Delict begangen, also z. B. das 2 oder 4fache beym Diebstahl des Sklaven deswegen gefordert, weil es der Sklave verantwortet, woraus denn folgt, daß nur durch Zahlung dieser Summe der Herr im Stande war, das Anheimfallen des Schuldigen an Zahlungsstatt zu hindern; und daß es consequenter Weise bey der Sklavenfamilie für jeden Sklaven insbesondere eintreten mußte, eben so wie bey freyen sociis delinquendi [14]).

---

14) Tot. Tit. D. si fam. furt. feciss. dic. (47. 6), L. 9. de jurisd. (2. 1.)

Bey Erörterung der Frage, ob im Falle des Befehls oder Mitwissens des Herrn neben der actio in solidum auch eine Noxalklage statt fände, geben die römischen Juristen immer von dem Standpuncte aus, daß es darauf ankomme, ob in concreto nur der Herr oder auch der Sklave als schuldig erkannt würde, und das Resultat ist, daß im Falle des bloßen Mitwissens immer, im Falle des Befehls nur bey schweren Verbrechen der Sklave verantwortlich sey, folglich dem Verletzten dann eine actio in solidum und noxalis electiv zustehe (§. 3. und §. 75 folg.); und doch müßte die erstere hinreichen, wenn es blos auf des Herrn Schuld ankäme. Ja nur die zweyte tritt ein, wenn der Herr um das Delict wußte und es nicht hindern konnte, wie wir schon oben (§. 3. Note 22) aus L. 4. pr. §. 1. de N. A. solche Beyspiele reiner Unmöglichkeit des Verhinderns kennen gelernt haben. Daher sagt Ulpian in L. 2. §. 1. eod. daß des Herrn Mitwissen non servum excuset sed dominum oneret, und Paulus nennt in L. 4. §. 2. eod. die Noxalklage ausdrücklich eine Strafe des Sklaven:

Cum dominus ob scientiam teneatur: an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est, nisi forte Praetor unam poenam a domino exigi voluit: ergo dolus servi impunitus erit? quod est iniquum; immo utroque modo dominus tenebitur: una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur.

Fünftes Capitel.

Beschädigungen der Thiere. — Damnum contra und secundum naturam datum. — Actio de pauperie. — Actio de pastu. —

§. 24.

Wenn es sich auch nicht schon vermuthen ließe, daß bey den Thieren wie bey den Sklaven gleiche und nicht widersprechende Principien gelten, so müßte es sich doch auf den ersten Blick ergeben. Können des Sklaven casuelle Handlungen dem Herrn keine Noxalklage zuziehen, d. h. ist die Imputationslehre bey den Freyen auch auf die Sklaven übertragen, so mußte man auch bey den Thieren denselben Gesichtspunct annehmen. Wie man also bey Sklaven nur das lädirende Individuum, nicht die Nachlässigkeit des Herrn berücksichtigt, so kann auch nur in den Thieren selbst der Standpunct für ihre zu ersetzenden oder nicht zu ersetzenden Beschädigungen aufgefunden werden. Denn hier

den Herrn ohne Unterschied zu belästigen, wäre ungerecht, durch seine Schuld die Distinction zu begründen, ein Verstoß gegen alle Consequenz und gegen die Grundprincipien der Verantwortlichkeit für negative Beschädigungen. So waren die Römer genöthigt, auch in den Thieren einen Maßstab für die Beurtheilung der Schäden aufzusuchen, und was war nun natürlicher als die Unterscheidung, ob eine ihrer Gattung nicht gemäße Tücke, oder angeborne, also ganz instinctmäßige Wildheit die Veranlassung des Schadens war?

Der verschiedenen Ansichten über diesen Gegenstand habe ich schon im Allgemeinen gedacht. Mit specieller Rücksicht auf Thiere hat es hauptsächlich Thibaut [14]) als eine wenigstens wahrscheinliche Ansicht der Verfasser der 12 Tafeln vertheidigen wollen, daß es dem Eigenthümer obliege, ein Thier, welches contra naturam zu schaden pflege, abzuschaffen oder zu verwahren, widrigenfalls er „im Zweifel in culpa" sey, was bey einem damnum secundum naturam, wogegen man sich vorbereiten könne, unpassend wäre. Daß dieses Raisonnement vernünftig wäre, hat Thibaut selbst nicht zugegeben, sondern es nur „aus dem rohen Verstande" jener Zeit erklärt. Es ist auch klar, daß man sich auf der einen Seite eben so wenig vor jeder naturgemäßen Verletzung des Thiers sichern, als dem Herrn

---

14) Versuche a. a. O. S. 195. 196.

bey jeder naturwidrigen einen Vorwurf machen kann. Das erste z. B. wenn jemand Heu durch eine Straße tragen muß, worin Pferde stehn, denen dieses durch ein unverschuldetes Hinfallen zur Beute wird; das zweyte bey demjenigen, welcher sein Thier lang als unschädlich kannte, das plötzlich irgend eine Untugend annahm. [16])

Dazu kömmt, daß es gar nicht ausgemacht ist, ob schon die 12 Tafeln jene Unterscheidung aufgestellt haben, da es sich vielmehr wahrscheinlich machen läßt, daß sie grade durch Interpretation der Juristen entstanden ist (§. 25). Auf jeden Fall müßte sie wörtlich in den 12 Tafeln gestanden haben, da es sonst von den Classikern wenigstens zu erwarten war, daß sie die allgemeine Bestimmung über Klagbarkeit der Thierverletzungen auf vernünftigere einer gesunden Praxis angemessenere Grundsätze über Verantwortlichkeit des Herrn zurückgeführt hätten. Wäre ferner Thibauts Ansicht richtig, so müßte auch bey den Delicten

---

15) Im Morgenblatte von 1817, nr. 180 wird ein Rechtsstreit erzählt, welchen eine Frau Leclere ann. 1750 vor dem Pariser Tribunale gegen die Eigenthümerinn eines Esels erhob, weil dieser Klägerinn belästigt und bey ihrer Vertheidigung gebissen habe; wogegen Beklagte in einem förmlichen von dem Pfarrer und 5 der angesehensten Einwohner ihres Orts unterzeichneten Atteste die bisherige ununterbrochene Unschuld und Frömmigkeit ihres Esels zur vollkommensten Gewißheit erhob. — Es leidet keinen Zweifel, daß nach römischem Rechte nicht einmal dieser Beweis (als irrelevant) zugelassen werden durfte.

der Sklaven nur darum immer von ihrer nequitia, ihrem dolus die Rede seyn, weil daraus auf eine culpa des Herrn geschlossen werden kann, welcher der Fehler seiner Sklaven am besten kundig sey. Allein hier ist es noch zuverlässiger, wie oft man selbst in demjenigen sich irren kann, welchen man für den besten gehalten, und daß z. B. die Gelegenheit einen Sklaven zu einem Diebstahle verleiten kann, welchem sein Herr selbst das größte Vertrauen geschenkt hat. — Sollten überhaupt aber die classischen Juristen so versteckt zu Werke gegangen seyn, immer von der Schlechtigkeit der Sklaven und Unarten der Thiere zu sprechen, in der That aber diese Bestimmungen als Erkenntnißgrund der culpa des Herrn für nothwendig halten, ohne uns darüber im mindesten zu belehren! Wären sie auch wirklich durch ein Gesetz der 12 T. zur Annahme des Dogma genöthigt gewesen, so hätten sie es wenigstens eng interpretirt, nicht aber zu einem consequenten System ausgebildet, dessen wahre Tendenz uns verschwiegen geblieben. Auf die Analogie der zum Zweck der Imputation fingirten Freyheit der Sklaven (die doch auch als Sachen gelten) hat Thibaut [16]) sogar selbst aufmerksam gemacht. —

§. 25.

Zum positiven Beweise meiner Ansicht muß ich zu Hülfe nehmen, was ich oben über pauperies als Analogon

16) A. a. O. S. 190.

der injuria bemerkt habe, weil nämlich der letztere Ausdruck nur von denkenden Wesen gebraucht wird. Daher sagt Ulpian in L. 1. §. 3. si quadr. Pauperies est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuria [17]) fecisse, quod sensu caret. Daß aber darum etwas Analoges angenommen wurde, beweist schon der Ausdruck noxa, noxia [18]) selbst, und seine Verbindung sogleich im Anfange dieses Titels: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur (dicatur) actio ex lege duodecim tabularum descendit, quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est, id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri [19]), §. 1. noxia autem est ipsum delictum [20]).

---

17) Vulg. et Hal. injuriam, und so auch, so viel ich weiß ohne Variante, die I. pr. eod.

18) Bey den Dichtern für culpa, s. Festus s. v. noxa.

19) Flor. offerre.

20) Wenn Glück, B. 10. S. 289. Note 54. aus L. 11. §. 2. D. de poenis (48. 19.) beweisen will, daß delinquere auch von zufälligen Handlungen gebraucht werde, so hat er übersehen, daß unter dem casus in den Worten: delinquitur — aut proposito, aut impetu, aut casu nach einem bekannten Sprachgebrauch des römischen Criminalrechts offenbar culpa zu verstehn ist, vrgl. Löhr Beytr. zur Theorie der Culpa, S. 39. Note 1. Auch Gajus sagt

Diesen Worten folgt die bemerkte Ausschließung der injuria bey Thieren, worauf Ulpian in §. 4. fortfährt: **folglich** könne die Klage nur dann eintreten, wenn das Thier durch Wildheit schadete; d. h. wegen ausgeschlossener injuria gelte ein ähnliches Princip, da vorher bemerkt war, die Klage fände nur wegen noxia statt, und diese sey ipsum delictum, grade so wie in §. 1. I. und L. 1. D. de N. A. das von Sklaven gesagt wird, denn noxa (noxia) [21]) ist das eigentliche Kunstwort für die Delicte der Sklaven und der Thiere. — Eine Imputation, wie man sie nur bey denkenden Wesen vermuthen sollte, ist ausgesprochen in der bekannten L. 1. §. 11. D. si quadr.

> Cum arietes et boves commisissent, [22]) et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, ces-

---

in L. 238. §. 3. de V. S. (50. 16.) Noxiae (noxae) appellatione **omne** delictum continetur.

21) Wegen der verschiedenen Bedeutungen dieses Worts, und des darüber entstandenen Streits in Bezug auf Justinians Latinität, vrgl. **Brisson.** sub voce. **Heineccii** antiqq. L. 4. T. 8. §. 2. **Otto** ad §. 1. I. si quadr., **Glück**, §. 692. nr. 4.

22) D. h. cornibus invicem se petissent, woher auch der Ausdruck arietare bey Seneca, vrgl. **Gronov.** ad Hugo Grotius de I. B. ac P. Lib. 1. Cap. 2. §. 2.

saret actio, si is qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere;

wo es doch in der That zu weit gegangen ist, wenn man auch diese Bestimmung aus der Schuld dessen ableiten wollte, der grade Herr des angreifenden Widders war [23]). Es ist genau dieselbe Entscheidung, wie in L. 54. §. 1. ad leg. Aq. von Menschen gegeben worden, wo bey entstandenem Streite und daraus hervorgegangenen Verletzungen nur der agressor verhaftet seyn soll. Darum hat auch schon Hugo Grotius [24]) dort eine „naturalis aequitas" gefunden, und das Princip der Nothwehr darauf angewandt, und Hommel [25]) das vim vi repellere licet geltend gemacht, ja sogar auf die stoische Philosophie deshalb provocirt. — Aber auch alle übrigen Anwendungen ihrer Regel zeigen deutlich, welcher Gesichtspunct die Römer leitete. L. 1. §. 8. eod. Si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret, ejus quae concitavit

---

23) Glück, S. 281. Note 25.

24) L. c. in Note 22. Schon Petri exceptt. leg. Rom. Lib. 3. cap. 50 sagen „quia non solum hominibus vim vi repellere licet sed etiam animalibus irrationabilibus."

25) Opusc. obs. 8. p. 94.

nomine agendum erit. War dagegen ein Mensch der Antreibende, so trifft diesen die aquilische Klage, und zwar in solidum, wenn es ein Freyer, den Herrn noxaliter, wenn es ein Sklave war. [26]) Eben so macht ein dadurch entstandener Schade, daß das Thier auf einem allzu steinigten Wege geführt oder zu sehr belastet war, nicht dieses sondern denjenigen verhaftet, welchem diese (aquil.) Schuld zur Last fällt, [27]) während dann, wenn weder ein Mensch der Veranlasser war, noch das Thier contra naturam handelte, gar keine Klage möglich ist. So wird in L. 52. §. 2. ad leg. Aq. auf das genauste untersucht, an wem die Schuld liege, ob am Thiere, am Sklaven, am Freyen, ohne im mindesten auf eine Schuld des Eigenthümers als solchen Rücksicht zu nehmen; vielmehr ist grade der Fall, in welchem er hier noxaliter belangt wird, nämlich wenn seine Maulesel scheu wurden, von der Art, daß es ihm gewiß nicht als Nachlässigkeit angerechnet werden konnte, da sonst keiner mit Sicherheit sein Vieh an einen Wagen spannen würde. Die Schlußworte befreyen den Herrn der hintern Maulesel nicht darum

26) L. 1. §. 4. 5. 6. Sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio (de pauperie), §. 7. si quadrup.

27) L. 1. §. 4. eod. — — Quodsi propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus justo onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit, damnique injuriae agetur.

von der Klage, weil er für vorsichtiger gelten konnte, sondern weil sie nicht sua sponte, sondern von außen veranlaßt schadeten. — L. 52. §. 3. eod. entscheidet den Fall, da jemand Ochsen unter der Bedingung kauft, sie erst zu untersuchen, und dabey des Käufers Sklave von einem der Ochsen gestoßen wird, dahin, wenn der Käufer schon Eigenthümer gewesen sey, oder wenn eines Dritten Schuld die Veranlassung gab, so hafte der Verkäufer nicht, sed si vitio bovis debere. —

Natürlich ist es auch, daß ein Pferd, durch äußeren Schmerz [28]) veranlaßt, ausschlägt, wo dann wieder derjenige haftet, welcher den Schmerz verursachte, während umgekehrt ein Pferd, das bey gehöriger Behandlung ausschlägt, die actio de pauperie veranlaßt, [29]) grade so wie L. ult. si quadr. diese Klage gegen den Herrn einer ausschlagenden Stute gestattet, die dieses in Folge eines naturgemäßen Acts eines Hengstes that, weil dann nur bey ihr das Naturwidrige zu suchen ist, nicht bey dem Hengste, so wenig als im Falle der L. 1. §. 7. cit. eine culpa bey dem Sklaven. — Selbst der Unterschied zwischen unmittelbar und mittelbar gestifteten Schaden bleibt nicht unerwähnt, obgleich man sich nicht durch ein eng gefaßtes

---

28) Statt dolore will Noodt ad Tit. 9. 1. — wie in L. 52. §. 1. ad L. Aq. — dolore lesen, und vielleicht nicht mit Unrecht.

29) L. 1. §. 7 D. si quadr.

Gesetz wie das aquilische genöthigt sah, die Klage nur utiliter zuzulassen [30]. —

Alle diese Beyspiele dienten den Römern zur Erläuterung ihrer allgemeinen Regel, so daß Ulpian nach mehreren der oben angegebenen Fälle in L. 1. §. 7. eod. durch et generaliter darauf aufmerksam macht, daß er hieraus jenen Grundsatz abstrahire: Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit, worauf er denn mit ideoque (daraus folgt) wieder in anderen Beyspielen fortfährt. — Also der Thiere commota feritas, lascivia, fervor, [31]) im Gegensatze der natürlichen, entweder ihrer Gattung gemäßen also angebornen, oder durch äußeren unnatürlichen Antrieb anderer (Menschen oder Thiere) veranlaßten Wildheit, ist dasselbe was bey Sklaven ihre Immoralität ist, die sie zu Delicten verleitet, denen der casus auch wieder entgegen gesetzt wird.

§. 26.

Man hatte obigen Unterschied ehemals ganz aufgehoben, indem man eine actio utilis auch bey secundum

---

30) Sive autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, sive per aliam rem, quam tetigit quadrupes, haec actio locum habebit, utputa si plaustro bos obtrivit aliquem, vel alia re dejecta.

31) Pr. I. si quadr.

naturam verübten Beschädigungen zulassen wollte. Seit Thibauts Widerlegung [32]) ist dies nicht leicht mehr der Fall. Freylich stellte Schöman [33]) die originelle Behauptung auf, jede Beschädigung der Thiere sey naturwidrig, und nur das Abweichen unter den naturgemäßen zu verstehen, welches darum mit einer besonderen Klage (actio de pastu) verfolgt würde. [34]) Es genüge dage-

---

32) Versuche a. a. O. Beygetreten sind Weber zu Höpfner, §. 1170. S. 1119. Glück, a. a. O. S. 283. Wie es aber nie an einzelnen Dissentienten fehlt, so hat sich auch dagegen erklärt Diedemann Diss. cit. cap. 2, aber ihm gebührt keine andre Erwiederung als die Thibauts am Schlusse seiner Abhandlung in der neuen Aufl. — S. auch oben §. 4. Note 29.

33) Handbuch, B. 1. S. 194 ff.

34) Nach dieser Ansicht war es freylich consequent, wenn Schöman den alten Streit, ob wegen des von einem furiosus gestifteten Schadens ein actio in factam zum Ersatze aus dem Vermögen eintrete, was auch wieder Diedemann obs. 1. bejaht, zu Glücks großem Erstaunen gar dahin beantwortet, es trete eine actio de pauperie utilis ein, was dann freylich ohne Weiteres auch bey dem infans gelten müßte; obgleich in beyden Fällen weder ein Eigenthümer, noch, wenn man die Analogie gelten lassen wollte, eine naturwidrige Beschädigung da ist. S. L. ult. de adm. et per. tut. (26. 7.) Glück S. 296 folg. Ohne dieser Argumente zu gedenken, nimmt eine actio de paup. ut. beym furiosus wieder an Bucher, das Recht der Forderungen, §. 147. a. E., aus dem einzigen Grunde, weil er keinen Grund fürs Gegentheil sehe. — Er hat aber auch,

gen eine Verweisung auf Glück, (S. 278. Note 22), vrgl. mit dem, was unten (§. 31. folgg.) über die actio de pastu gesagt ist.

Aber das konnte bey so klaren Worten der Gesetze nicht fehlen, daß man nicht längst auf die richtige Ansicht verfiel, doch freylich nur beyläufig, ohne Erklärung der noxae datio, ohne Nachweisung des bey Sklaven wie bey Thieren überall durchgreifenden Princips und seiner Consequenzen, und ohne durch eine genaue Ausführung dieser Meinung Beyfall verschaffen zu können. So sagt nämlich

---

wie es scheint ebenfalls ohne Kenntniß der Gegner, Schömans Ansicht von der pauperies fast mit dessen eigenen Worten wiederholt, die mir jedoch durch diesen neuen Abdruck nicht klarer wurden. Danach kömmt es nämlich bey mangelnder culpa des Herrn darauf an, ob des Thieres äußeres Wirken absolut (?) oder zufällig beschädigend ist, das heiße, ob es das Eigenthum schlechterdings (?) beeinträchtige, was nur durch Weiden und Fressen „als unzertrennlich mit Schadenszufügung verknüpftes Wirken" möglich (!) sey (actio de pastu); oder ob es zwar Schaden verursachen könne, welcher aber nicht mit des Thieres Wirken unzertrennlich verbunden sey. Letzteres lasse sich nur denken, „wenn das Thier durch die bloße unvernünftige Thierheit beschädigend wurde. Sowohl in diesem als in dem vorhergehenden Falle (also gar concurrirend mit der actio de pastu?) findet a. de paup. statt." Diese Concurrenz hat, wenn ich nicht irre, Schöman nicht behauptet. Wenn übrigens ein Ochs gegen eine Glasscheibe stößt, so scheint mir auch mit diesem Wirken ein Schaden unzertrennlich verbunden zu seyn, während ich im Abfressen keine vernünftige Thierheit erblicke.

(aber ohne weiteren Zusatz) Pothier: [35]) „Haec actio data est ad instar actionis legis Aquiliae, oportet igitur ut damnum quod hac actione vindicatur, licet sit sine vera injuria datum, tamen speciem aliquam et umbram injuriae exhibet. In homine injuria est id, quod contra praecepta rationis, qua regi debet, fit, in bellua injuriam imitatur damnum quod contra instinctum suae mansuetae naturae dedit." Hommel [36]) spricht gar von einem peccare der Thiere, aber seine Berufung auf stoische Philosophie möchte ich nicht zur Unterstützung gebrauchen. — Den Conflict der gesetzlichen mit der herrschenden, der Denkungsart unsrer Zeit mehr entsprechenden, Ansicht sieht man deutlich bey A. Faber; [37]) denn obgleich er sagt; „quo casu quadrupedem si conveniri possit teneri aequum non esset, nec dominum ipsius teneri aequum est, ut eadem hac parte ratio sit quadrupedis quam hominis" — so liest man doch kurz vorher: imputari potest domino quod talem quadrupedem habuerit, nec — admonuerit de vitio suae quadrupedis" rel. Auch hier dürfte fast das „naturam si expellas furca" etc. anwendbar seyn.

---

35) Pand. Iust. T. 1. nr. 2. not. b.

36) Opusc. l. c.

37) Ration. ad T. D. si quadr. L. 2.

§. 27.

Die wahre Quelle dieses ganzen Instituts ist aber bey den Griechen zu suchen. Schon seit Cujacius 38) wird in allen Commentaren wiederhohlt, daß er die von Paulus 39) erwähnte Lex Pesulania für die Lex Solonia halte, welche, nach Plutarch 40) und Plato,

---

38) In Pauli sent. L. 1. T. 23. §. 1. (Opp. T. 1. p. 377.) und Lib. 22. Pauli ad edict. L. 2. si quadr. (Opp. T. 5. p. 322.)

39) L. 1. T. 15. §. 1. (ed. Hugo).

40) Vita Solon. §. 24. (ed. Hutten, p. 229). Ein solcher Hund soll nämlich mit 4 Füßen an einen Stamm gebunden übergeben werden, (ἔγραψε δὲ καὶ βλάβης τετραπόδων νόμον, ἐν ᾧ καὶ κύνα δακόντα παραδοῦναι κελεύει κλοιῷ τετραπήχει δεδεμένον). — Wenn Schulting ad Paul. l. c., Heineccius antiquitt. Rom. L. 4. T. 9. §. 2, Bouchaud comm. sur les loix des XII tables, p. 178. u. a. es für unwahrscheinlich halten, daß Paulus in einer Schrift, worin er die Grundsätze des röm. Rechts kurz darstellt, eines griechischen Gesetzes erwähnt habe, so ist doch nicht zu übersehen, daß Pard. Pratejus in Solonis et Draconis leges (Otto thes. t. 4. p. 412) sogar das Wort Solonia in einem alten Manuscripte gelesen haben will, („Solonia legendum est, idque in vetustissimo exemplari manu scripto deprehendi“). Es ist ja nicht unmöglich, daß Paulus beyläufig der Quelle des Gesetzes gedenkt, oder daß gar die Compilatoren des breviarii dies irgendwo lasen und hier

eine noxae datio eines beißenden Hundes anordnete, da Cujac in einer Handschrift die Lesart Pesolonia fand. Wie dem auch sey, so ist doch so viel gewiß, daß die Decemvirn bey ihren Verordnungen über diese Materie aus den griechischen Gesetzen geschöpft haben [41]). Ja auch was von Sklaven deshalb gilt, hat dort offenbar seinen Ursprung. Plato gedenkt dessen mehrmals. Die Hauptstelle ist diese: [42]) „Wenn ein Sklave oder eine Sklavinn „irgend einen fremden Gegenstand ohne des Verletzten ei„gene Veranlassung, aus Ungeschicklichkeit oder einer an„dern nicht löblichen Ursache beschädigt hat, so soll der Herr „des Schadenden entweder den Schaden ersetzen, oder diesen „Sklaven tradiren (ὁ τοῦ βλάψαντος δεσπότης ἢ τὴν βλάβην ἐξιάσθω μὴ ἐνδεῶς, ἢ τὸν βλάψαντ' ἀυτὸν παραδότω)"; beschwerte sich dagegen der Herr über ein doloses Einverständniß von Seiten des Verletzten mit dem Sklaven, so soll er im Falle des Gewinnens den doppelten Werth des Sklaven erhalten, wo nicht, Ersatz leisten und den Sklaven noch dazu abtreten müssen [43]); „und wenn

---

anbrachten. Was ohnehin von der Echtheit dieser Stelle zu halten sey, darüber s. §. 33. 34.

41) Dieß bemerken schon Pratejus l. c. und Otto de tut. viar. P. 3. cap. 2. p. 438.

42) De legg. Lib. 11. p. 170. 171. ed. bip.

43) Bey den Römern gab dieses nur eine exceptio, welche aber auch dann eintrat, wenn der Verletzte nicht grade dolose sich den Schaden selbst zuzog, Paulus I. 15. 3.

ein Zugvieh, ein Pferd, ein Hund oder ein sonstiges Thier das Vermögen des Nächsten beschädigt, so soll es auf gleiche Weise für den Schaden büßen (καὶ ἐὰν ὑποζύγιον, ἢ ἵππος, ἢ κύων, ἤ τι τῶν ἀλλῶν θρεμμάτων σίνηταί τι τῶν πελας, κατὰ ταυτὰ ἐκτίνειν τὴν βλάβην)." Nach einer andern Stelle [44]) wird dem Thiere, das einen Menschen getödet hat, ordentlich der Prozeß gemacht, und dasselbe außerhalb der Grenzen des Landes getödet, ja sogar ein lebloser Gegenstand, durch den ein Mensch getödet worden, soll auf gleiche Weise über die Grenze gebracht werden. — Stobaeus [45]) gedenkt eines Gesetzes von Democrit, wonach ebenfalls Thiere, welche Schaden zugefügt haben, getödet werden sollen. — Es ist überhaupt diese Ansicht, welche eine Art Imputation auch bey Thieren annimmt, im ganzen Alterthum gegründet. Schon

44) De legg. Lib. 9. p. 44. 45. ἒαν δ'ἄρα ὑποζύγιον ἢ ζῶον ἄλλό τι φονεύσῃ τινὰ — ἐπεξίτωσαν μὲν οἱ προςήκοντες τοῦ φόνου τῷ κτείναντι etc. τὸ δὲ ὄφλον ἔξῳ τῶν ὅρων τῆς χώρας ἀποκτείναντας διορίσαι· ἐὰν δὲ ἄψυχόν etc. — — τὸ δε ὄφλον ἐξορίζειν, καθάπερ ἐῤῥήθη τὸ τῶν ζώων γένος. Das Letzte beweist, daß auch nicht etwa das der Zweck (wenigstens nicht der Hauptzweck) war, das schädliche Thier künftiger Beschädigungen wegen aus dem Wege zu räumen.

45) Sermo 42. p. m. 278. fin. (Aurel. Allobrog. 1609.)

bey Moses [46]) lesen wir dieses, obgleich Michaelis [47]) auch hier alles auf die Nachlässigkeit des Herrn zurückführen will, daher bey den ersten Worten der Stelle die Bemerkung macht, „der Eigenthümer hatte indeß doch den Schaden, daß sein Ochse gesteinigt ward." Dieser indirecte Nachtheil war aber, wie man schon aus der Stelle selbst sieht, gewiß nicht die Hauptsache, indem des Ochsen Tod dazu nicht nöthig gewesen wäre. Daß der Herr als

46) Exod. 21. v. 28 — 32. „Wenn ein Ochse einen Mann oder Frau stößt, und der Tod darauf erfolgt, so soll der Ochse gesteinigt, und das Fleisch davon nicht gegessen werden: der aber, dem der Ochse gehört, kann darüber nicht belangt werden. Wäre aber der Ochse schon vorher stößig gewesen, und dies dem Eigenthümer angezeigt worden, und er hat ihn nicht in Acht genommen, so soll, wenn er Mann oder Frau todt schlägt, der Ochse gesteinigt werden, und der Eigenthümer wieder sterben." Nachdem nun noch eines Lösegeldes und der Tödtung der Kinder gedacht wird, heißt es: „Ist es aber ein leibeigner Knecht oder Magd, die er gestoßen hat, so soll der Eigenthümer 30 Seckel Silber an den Herrn des Knechts geben, und der Ochse gesteinigt werden." (Grade wie wenn bey den Römern ein actio noxalis mit der in solidum (freylich electiv) concurrirt, so daß dies ein Beytrag für die Collatio L. M. et R. gewesen wäre).

47) Mos. Recht, Th. 6. §. 280.

unschuldig erachtet wird, geht sogleich aus dem Gegensatze der ersten Zeilen hervor. [48])

§. 28.

Es muß nach allem bisher Erörterten also sehr natürlich scheinen, daß auch die Decemvirn zu ihrer Zeit keinen Anstand nahmen, die griechischen Principien über unsern Gegenstand in ihrer einheimischen Gesetzgebung zu benutzen. Uns ist aber nur so viel überliefert, daß die 12 Tafeln bey von Thieren gestifteter pauperies einen Ersatz für die noxia anordneten. Und allerdings liegt schon in diesen Worten, besonders nach der Erläuterung der Juristen, pauperies sey ein Analogon der injuria und noxia gleich delictum, die vorausgesetzte Imputabilität. Dieses schienen nun, wie wir aus dem Raisonnement Ulpians sehen, die Classiker zu benutzen, um daraus die Folgerung zu ziehen, daß unnatürliche Wildheit zur Begründung der actio de pauperie nöthig sey, und daraus wieder unsre bekannte Regel zu abstrahiren. Auch zeigt Ulpians Berufen auf Servius in L. 1. §. si quadr. deutlich, daß erst juristisches Raisonnement das gegebene Gesetz ausbildete. —

Das Ende dieses Capitels mögen nun noch zwey Abhandlungen einnehmen, die eine der Erörterung der Frage,

---

48) Wie sich diese Principien im deutschen Rechte gestaltet haben, darüber s. bes. Sachsensp. B. 2. Art. 40.

was bey wilden Thieren galt, die andere der actio de pastu bestimmt.

I. Actio de pauperie wegen wilder Thiere.

§. 29.

Eigenthum am Thiere und ein damnum eontra naturam datum sind Requisite der A. de pauperie. Wenn ganz allgemein davon gesprochen wird, daß diese Klage wegen jedes Thiers gegeben werde, so versteht sich die Beschränkung: im Falle die gehörigen Erfordernisse vorhanden seyn sollten — von selbst. Daß aber wegen eines jeden vierfüßigen Thiers die A. d. p. statt finde, sagen die Gesetze, ohne zwischen zahmen oder wilden zu unterscheiden, ausdrücklich. So beginnt sogleich der Institutionen-Titel si quadr. mit den Worten:

„Animalium nomine quae ratione carent, si qua (nun folgt eine Beschränkung, nicht auf eine Classe von Thieren, sondern auf den naturwidrigen Character) lascivia, aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio ex lege XII tab. prodita est;

und eben so läßt Theophil. ad h. l. τῶν ἀλόγων ζώων χάριν ohne Beschränkung die Klage zu. Dasselbe

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

ergibt sich aus der Titelrubrik der l. und D. si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, so wie aus L. 1. pr. D. und dem §. 2. eod. quae actio ad omnes quadrupedes [49]) pertinet, womit Paulus 1. 15. 1. übereinstimmt. Ferner wird in L. 2. §. 1. D. eod. wewegen eines Hundes, ja wegen eines canis ferox, unter gewissen Bedinguugen [50]) die actio de pauperie zugelassen, obgleich L. 2. §. 2. ad leg. Aq. sagt: canis inter pecudes non est [51]). Am Ende des Institutionentitels si quadr. erwähnt Justinian des Aedilitischen Gesetzes, worin verboten ist: canem, verrem, aprum, ursum, leonem an den gewöhnlichen Heerstraßen zu halten, und gegen die Ungehorsamen nach entstandenem Schaden eine Geldstrafe angeordnet wird, und fährt dann fort: praeter has autem Aedilitias actiones et de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones,

---

49) Daß das Wort quadrupes auch die wilden Thiere begreift, kann wohl nach Hugo's Ausführung (Magaz. B. 1. H. 1. nr. 13) als ausgemacht gelten.

50) Nämlich wenn niemand als Thäter in solidum haftet, wie aus der Vergleichung mit L. 1. §. 5. eod. hervorgeht.

51) Mir ist freylich nicht unbekannt, daß man im Titel si quadr. einen andern Sprachgebrauch zu finden glaubt, als im Tit. ad leg. Aq., und so die Worte nach einer angenommenen Theorie ad libitum auslegt, Heineccius, antiqq. L. 4. T. 9. §. 2. not. c. und Glück, B. 10. S. 293. Note 72.

praesertim poenales alia aliam consumit [52]). Paulus L. 1. T. 15. §. 3. sagt:

> Ei, qui irritatu suo feram bestiam vel quamcumque aliam quadrupedem in se proripitaverit, eaque damnum dederit, neque in ejus dominum neque in custodem actio datur. Hätte wohl der sonst so kurz und gedrängt sprechende Paulus der ferae bestiae, und noch dazu disjunctive gedacht, wenn auch ohne dieses Reizen von Seiten des Verletzten keine Klage statt fände?

Dennoch läugnete man die Noxalklage bey wilden Thieren [52a]), mit Berufung auf L. 1. §. 10. D. si quadr.

> In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus

---

52) Vrgl. über dieses Edict, und die polizeylichen Gründe, welche es nöthig machten: Wintgens de animalib. ferocib. qua vulgo iter fit non habendis, cap. 3. cap. 6. (in Oelrich thes. Diss. Belg. vol. 1. t. 2. nr. 14. p. 175 seqq.) und Otto de tut. viar. P. 3. c. 2. c. 4.

52a) Donelli comm. Lib. 15. cap. 45. nr. 4. 5. (ed. Hilliger, p. 415). Pothier. Pand. Just. ad T. si quadr. §. 1. not. a. Heineccius antiqq. L. 4. T. 9. §. 1. Cocceji I. C. T. 9. 1. qu. 1. Hufeland Lehrb. des Civilrechts, B. 1. §. 599. Note c. Thibaut Versuche (2te Aufl.), B. 2. Abh. 8. S. 191 folg.

fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri: quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo, et si eum occidi, meum corpus est;

ferner auf pr. I. eod. in den Worten:

Haec autem actio in iis, quae contra naturam moventur locum habet. Ceterum si genitalis sit feritas, cessat. Denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit;

und mit der allgemeinen Bemerkung, daß grade die naturalis feritas nicht zu dem gezählt werden könne, was die Römer unter contra naturam verstehn.

Darum meinten denn einige nach der beliebten Distinctionsmethode, es käme darauf an, ob der Eigenthümer den Schaden veranlaßt habe oder nicht, und nur im ersten Falle fände die A. de paup. bey wilden Thieren statt [53]. Allein außerdem, daß dadurch jene Gründe gar nicht widerlegt werden, haftet der Eigenthümer als Thäter nach dem Aquil. Gesetze in solidum [54]. Noodt [55] findet

53) Wintgens l. c. cap. 6. Glück, §. 692. S. 271.

54) L. 52. §. 2. ad l. Aq. L. 1. §. 5. si quadr.

55) Comment. L. 9. T. 1.

zwar den §. 10. I. cit. dunkel, meint aber doch, es würden hierin die wilden Thiere überhaupt für ausgeschlossen erklärt, obgleich man nachher die A. de paup. utiliter auch auf sie ausgedehnt habe, daher er denn nach Anführung der Aedilitischen Verordnung mit „et notandus juris progressus“ zu erzählen fortfährt, wie man sich dadurch veranlaßt gesehen habe, auch die utilis de p. a. wegen dieser bestiae zuzulassen. Allein nicht des Aedilitischen Edicts wegen hat man auch die a. de paup. ausgedehnt, da uns grade umgekehrt gesagt wird, wie durch diese Concurrenz einer neuen Poenalklage die alte a. de p. nicht aufgehoben sey. Nichtsdestoweniger finden wir dieses so oft usurpirte Hülfsmittel der utilis actio von der Glosse an bis auf die neueste Zeit [56]. Hommel [57]) meint: erst mit der sinkenden Rechtswissenschaft sey diese utilis actio aufgekommen, und Schulting [58]) gibt nur noch bey Hunden eine directa, bey den übrigen wilden Thieren eine utilis zu. — Thibaut erklärt §. 1. I. cit. dahin, es concurrire allerdings die a. de paup. mit der Aedilitia, aber natürlich nur so weit jene über-

---

56) Glossa ad L. 1. §. 10. cit. — Glück S. 271. Zweifelnd sagt Otto de tut. viar. p. 3. cap. 2. p. 439: „forsan et utilis quadrupedaria ad bestias mansuefactas ac feras, quae in alicujus potestate essent, extensa fuit.“

57) Opusc. P. 1. obs. 9. fin.

58) Ad Paul. 1. 15. 1. nota 3.

haupt statt fände, also deshalb noch nicht bey allen im Edicte genannten Thieren. Gegen diese Interpretation an sich wäre auch nichts einzuwenden, insofern unter den im §. aufgezählten Thieren wirklich zahme sich befänden. Allein das allein angeführte Beyspiel des Hundes kann dies nicht rechtfertigen, indem auch dieser von den Römern nicht zu den zahmen gezählt wurde, wie denn überhaupt die Aediliiische Verordnung nur auf wilde Thiere ging und ihrem Zwecke nach gehn konnte [59].

§. 30.

Mir scheint die Sache so zu stehen. Die Gesetze unterwerfen alle quadrupedes [60]) der A. de paup., fordern aber dabey, daß sie gegen die Natur ihrer Gattung

59) Feram bestiam in ea perte, qua populi iter est, colligari praetor prohibet, Paul. I. 15. 2. Vrgl. L. 40. seqq. de aedil. ed. (41. 1.) Cujac. obs. 8. 24. (Opp. T. 3. p. 208), in Paul. sent. I. 23. 4. (Opp. T. 1. p. 377. und bey Schulting ad Paul. l. c). Otto ad §. I. cit. und schon den Titel de animalibus ferocibus etc. des ex professo davon handelnden Wintgens.

60) Daß es utiliter auch auf bipedes ausgedehnt worden, L. 4. si quadrup. mit Papian. (L. Rom. Burg.) Tit. 13. (ed. Hugo), Tit. 11. bey Schult. und Petri exceptt. leg. Rom. L. 3. cap. 49 hat keinen Einfluß auf diese Untersuchung. -- Nur in den beyden letzten Stellen ist „bipes“ ausdrücklich, in den D. nur „aliud animal“ genannt.

geschadet haben. Nun fragt es sich bey jeder einzelnen Classe von Thieren, was grade bey ihnen als contra nat. anzusehen sey. Bey zahmen muß man dafür jede ohne äußern Reiz entstandene Wildheit halten, weil eine solche bey ihnen nicht vorausgesetzt wird; bey wilden Thieren ist auch ohne diese Veranlassung die Wildheit völlig naturgemäß, was ist also hier contra naturam? Allerdings keine Verletzung, die sie im freyen Zustande, wohl aber solche, die sie in der Gefangenschaft verüben. In dieser Lage ist ein Ausbruch der Wildheit auch von ihnen, die nun als gebändigt gelten müssen, eben so unerwartet als bey zahmen, und da kann denn ihre feritas nicht mehr als eine naturalis gelten, bis sie, ihrem Gefängnisse entlaufen, wieder ihrer wilden Natur gemäß handeln können. Daß sie übrigens, wie bey allen Noxalklagen, auch zur Zeit der Klage sich im Eigenthume befinden müssen, versteht sich von selbst; und auch hier cessirt nicht der Unterschied zwischen contra und sec. nat., denn was dort das Thier z. B. von außen gereizt thut, ist ebenfalls ein naturale, wie wir aus Paul. 1. 15. 3. cit. ersehen. Darum sagt L. 1. §. 10. cit. nicht, daß bey den bestiis unbedingt, sondern daß bey ihnen propter naturalem feritatem die Noxalklage cessire, und eben so die angeführte Stelle der I., welche sogleich nach Erwähnung des contra naturam die Bemerkung macht, wenn es übrigens eine genitalis feritas sey, so falle die Klage weg, folg-

lich [61]) (und nun müßen wir aus dem gegebenen Beyspiele die Erläuterung dessen, was hier unter genitalis feritas verstanden wird, entnehmen) wenn ein Bär dem Gefängniß entlief und nun schadet (si fugit et sic nocuit) könne nicht mehr der gewesene Eigenthümer belangt werden, weil er aufgehört habe, Eigenthümer zu seyn, „sed si maneat dominus tenetur“ sagt der Scholiast der Basiliken [62]) zu dieser Stelle. Theophilus übersetzt: ὁ γεγονὼς ἀυτοῦ δεσπότης und fährt fort: idcirco autem dixi qui fuit, quoniam ille fugiens in naturalem recucurrerit libertatem (also da erst hat er seine natürliche Freyheit und folglich auch seine natürliche Wildheit wieder erlangt) et desiit possideri. Nun erst wird diese und die D.-Stelle verständlich, die sonst gradezu unbegreiflich [63]) wären, weil es sich

61) Wie in der L. 1. §. 10: et ideo. Ueber diesen Gebrauch von denique vrgl. Savigny Besitz, S. 47. 50. 62. und zu den dort angeführten Stellen noch L. 14. D. de O. et A. (44. 7), L. 17. §. 17. de aed. edict. (21. 1.) L. 2. §. 1. D. sol. matr. (24. 3.)

62) L. 60. T. 2. (T. 7. p. 39.)

63) Coccoji Note 52. cit. fühlte dies, denn er emendirt quia in quin, was aber bey einem zweymal (in I. und D.) ohne Variante vorkommenden Worte sehr bedenklich ist: zudem hilft es zu nichts, denn wenn es auch dem Nachsatze einen guten Sinn gibt, so bleiben doch für die vorhergehenden Worte dieselben Schwierigkeiten.

1) von selbst versteht, daß ohne Eigenthum keine a. de p. statt findet; wenigstens bleibt es unbegreiflich, was bey dieser Bemerkung die Berufung auf eine genitalis oder naturalis feritas nebst ihrer beyspielsweisen Erläuterung bezweckt.

2) Wenn es bey bestiis überhaupt, und ohne Rücksicht ob Eigenthum sey oder nicht sey, keine Noxalklage gab, wozu die so geflissentliche Heraushebung des gewesenen Eigenthums?

Also grade die Stellen, welche die Gegner für sich anführen, sagen so klar das Gegentheil, daß selbst wenn obiges Raisonnement (im Anf. des §.) unrichtig wäre, dasselbe doch als das gesetzliche gelten muß [63a].

II. Actio de pastu.

§. 31.

Daß die 12 Tafeln einer actio de pastu gedenken, welche auf der eignen Schuld dessen beruht, der das Vieh auf die Weide hingetrieben hat, kann durchaus nicht

---

63a) Jene Stelle bey Paulus I. 15. 3, bey welcher das Arg. a contr. für mich sprach, redet auch von dem Falle, da ein dominium und ein custos da war.

geläugnet werden. Schon die uns aufbewahrten Worte: Quei. Pecu. Endo. Alieno. Impescit. werden mit der größten Wahrscheinlichkeit so interpretirt: Qui pecudem in alienam segetem immiserit pascendi gratia [64]). Aber auch Ulpian beruft sich darauf in dem Cardinalgesetze für diese ganze Untersuchung, der L. 14. §. ult. praescr. verb. (19. 5).

Ulpian Lib. 41. ad Sabin.

Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque (de) [65]) damni injuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.

Wie dieses Gesetz nur im entferntesten von einer a. noxalis (nenne man sie nun de pauperie oder de pastu) verstanden werden konnte, ist unbegreiflich, und mit Recht

---

64) Vgl. Jac. Gothefred IV. font. ad Tab. 7. (in Otto thes. T. 3. p. 175.) Glück, Th. 10. S. 276. Thibaut Pand. §. 979.

65) Daß das „de" der Flor. wegfallen müsse, darüber s. Geb. a Note.

bemerkt ein Recensent in der Jen. Litt. Zeit. [66]): „hier „wird eben so klar, wie in der Quelle selbst, woraus der „röm. Jurist schöpfte, den legg. XII, tab. eine Handlung „des Eigenthümers“ (überhaupt eines Menschen als Thäters, denn daß man grade sein eignes Vieh hingetrieben, wird wenigstens nicht gefordert) „mithin ein Fall voraus„gesetzt, der mit den wesentlichsten Bedingungen der a. de „paup. in offenbarem Widerspruche, und also auch jeder „Vergleichung mit dieser im Wege steht.“ Auch aus der Negative unsres Gesetzes kann nichts dafür gefolgert werden; denn für die Verwerfung der a. de pastu in vorliegendem Falle gibt Ulpian nicht als Grund an, daß das Thier nicht durch jemand hingetrieben sey, woraus nothwendig durch ein Arg. a contr. eine a. de pastu noxalis bey instinctmäßigem Abweiden folgen würde, vielmehr diesen: weil man das Vieh nicht auf den fremden, sondern auf den eignen Acker getrieben habe [66a]). Eine Erklärung dieser Unterscheidung habe ich nirgends gefunden, und man begnügt sich, ganz dogmatisch anzugeben: gegen denjenigen, welcher sein Vieh auf ein fremdes

---

66) Jahrg. 1807. B. 1. nr. 28. S. 175 folg.

66 a) Die Römer erkannten unter gewissen Umständen sogar eine Strafe gegen diejenigen, welche Vieh besonders auf öffentliche Wiesen trieben. Tit. Cod. de pascuis publ. et priv. (11. 60.) L. 1. C. de fundis et saltib. rei dom. (11. 66.).

Grundstück getrieben, fände die A. de pastu, auf ein eignes, die a. in factum statt [67]). Offenbar ist aber der Grund allein darin zu suchen, daß die 12 T. nur davon sprachen, daß jemand sein Vieh auf fremden Acker trieb, nicht gedenkend des seltenern Falls, daß man einem andern auch durch Hintreiben des Viehs auf das eigne Grundstück (nämlich an den herübergefallenen Früchten) Schaden zufügen kann. Wie häufig diese Interpretationsart bey den Römern sich findet, ist zur Genüge bekannt [68]); und wo kann dies weniger Zweifel leiden, als hier, wo wir noch das Wort alienus in der Quelle selbst haben, und einen Ulpian als Interpreten?

Die Ausschließung der übrigen Klagen macht kein Bedenken, denn die a. de paup. fällt bey Antreibung eines Dritten immer weg, die Aquil. Klage ist aber nur als directe verworfen, während die gestattete a. in factum weiter nichts ist als die utilis leg. Aq. [68a]). Man müßte letztere schon aus allgemeinen Principien zulassen,

---

67) Otto, thes. T. 3. praef. p. 51. Glück, a. a. O. S. 275. — Hufeland Lehrb. Th. 1. §. 599. Anm. 1. findet die ganze Sache zu dunkel.

68) Eine treffliche Erörterung darüber hat Thibaut gegeben, Civil. Abh. nr. 5. S. 74. folg.

68a) Thibaut Vers. S. 199. — Glück macht einen Unterschied zwischen dieser a. in factum und utilis, und trägt die Sache überhaupt etwas verwirrt vor.

ausdrücklich wird sie aber noch für unsern Fall gegeben in L. 6. C. de lege Aq. (3. 35).

Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Plinio.

De his quae per injuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.

§. 32.

Was nun allein noch bedenklich seyn kann, ist dies. Wie konnte eine actio de pastu in diesem Sinn überall gar statt finden, da auch gegen denjenigen, welcher sein Vieh auf fremde Weide trieb, die utilis Aq. actio genügte? Diese Frage hat aber nur den Sinn, warum dieser actio de pastu, welche vor dem aquil. Gesetze recht gut vorhanden seyn konnte, nicht durch dasselbe derogirt worden sey, da doch nach Ulpians Zeugnisse [69]) dies mit allen andern, selbst 12 Tafel-Gesetzen, welche über unrechtliche Verletzungen einzeln existirten, der Fall war? Ich antworte mit einer neuen Frage, woraus ergibt sich denn, daß sie zu Ulpians Zeit noch practisch war? Weil Aristo aus zweyen Gründen, welche die Unstatthaftigkeit der alten actio de pastu für den fraglichen Fall darzuthun im Stande waren, nämlich

69) L. 1. pr. ad leg. Aq.

1) daß sie gar nicht darauf passe,

2) durch ein neues Gesetz unnöthig geworden sey,

den ersten und schlagendsten wählt, daß der Fall nicht einmal den gesetzlichen Voraussetzungen dieser Klage entspreche, läßt sich doch unmöglich schließen, daß der zweyte Grund nicht gebraucht werden *konnte*, d. h. daß die a. de pastu wirklich noch practisch war! — Zudem durfte der Jurist auf die Derogation sich nicht wohl berufen, *indem er die derogirende Klage selbst verwirft* — aber utiliter zuläßt. Allein eben deswegen können wir auch ohne Widerspruch mit L. 1. pr. D. ad leg. Aq. die a. de pastu auch nachher gestatten. Denn wenn mit der Publication des aquil. Gesetzes, wegen der dadurch gegebenen Rechtshülfe alle vorherigen Rechtsmittel gegen Verletzungen aufgehoben waren, so konnte dies doch nur so weit gehn, als das neue Gesetz wirklich Hülfe gewährte, und was durch das letztere nicht erzielt werden konnte, dafür mußte eben deshalb die alte Klage noch gelten, indem das aquil. Gesetz nur *derogirte*, nicht eigentlich *abrogirte* [60]). Was nun *spätere* Interpretation erst utiliter hinzufügte, konnte zur Zeit der Publication dieses Volksschlusses noch keine derogirende Kraft haben, und so *mußte* die actio de pastu, weil ihr nie ein corpore corpori damnum datum zu Grunde lag, noch neben

---

70) *Hasse*, die Culpa, S. 27. Note b.

der directen aquil. Klage bestehn. Ob aber die clausala derogatoria auch für die späteren Ausdehnungen wirksam war, kann doch wohl bezweifelt werden, aber lediglich von der Entscheidung dieser Frage hängt es ab, ob die actio de pastu auch alsdann noch fortdauerte; denn daß es aus L. 14. (und andere haben wir nicht) nicht nothwendig folge, glaube ich bewiesen zu haben. Sehr wahrscheinlich war dieses Schwanken zwischen der A. de pastu und Aquiliae auch das Bedenken, welches jene Anfrage veranlaßte, auf welche die Kaiser rescribirten, es stehe der aquil. Kl. nichts im Wege, wodurch denn erst klar wird, wie man bey einer sonst so planen Sache an die Kaiser sich wenden konnte [71]. —

Es wird übrigens selten behauptet, und ist gewiß irrig, daß die utilis Aq. A. nur in Ermanglung einer andern Klage Statt fände, [72] und so konnte derselbe Ulpian in L. 9. §. 1. ad exhib. (10. 4.) [73]) für un-

---

71) Vermuthlich lag die Wichtigkeit der Sache und der Vortheil der aquil. Klage darin, daß man mit der a. de pastu nur Schadensersatz, also nicht den pönalen Zusatz der aq. Klage fordern konnte (denn ihn bey der utilis überhaupt abzusprechen, ist bekanntlich auch ein Irrthum) oder in der verschiedenen Procedur dieser in factum A. und jener alten förmlichen, oder in beydem.

72) Hasse, S. 42. Note b.

73) Glans ex arbore tua in fundum meum incidit (decidit), eam ego immisso pecore depasco: qua atione

sern bisher beschriebenen Fall auch eine actio ad exhibendum (mit der a. l. Aq. oder de pastu electiv concurrirend) gestatten. Es ist also kein Grund vorhanden bey den völlig gleichen Bedingungen mit der Glosse [74]) anzunehmen, entweder: nur die L. 9. §. 1. setze einen dolus voraus, oder die L. 14. rede von keinem dominus, oder es sey nicht dort wie hier die Substanz verändert; zumal da auch in andern Fällen grade zwischen der A. ad exhibendum und leg. Aq. die Wahl freysteht [75]).

§. 33.

Allein nun ist noch eine andere Frage zu beantworten, die ich bisher absichtlich übergangen habe, nämlich geht die actio de pastu auch **zweytens** noxaliter gegen den Eigenthümer des Viehs, das aus eigenem Triebe sich

---

possum teneri? Pomponius scribit, competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi ut glandem comederet. Nam et si glans extaret, nec patieres (patiaris) me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet, sive consumpta sit. — Dazu L. 15. de cond. caus. dat. (12. 4.) L. 5. §. 2. L. 9. pr. §. 3. L. 14. ad exhib. L. 11. §. 2. fin. de R. C. (12. 1.) §. 2. I. quib. alien. lic. L. 5. C. ad exh (3. 42.).

74) Glossa in l. 9. §. 1. cit.

75) L. 42. ad leg. Aq.

auf fremder Wiese gütlich that? Dies wird fast allgemein bejaht, [76]) und so neben der a. de paup. noch diese wegen der naturgemäßen Beschädigung des Abweidens gegeben. Begreiflich war diese Singularität von jeher nicht, [77]) obgleich ein Jurist dem andern das Dogma nachschrieb. Fragt man nach Gründen, so ist es außer der nichts beweisenden L. 14. cit. nur noch Paulus I. 15. §. 1, worin aber durchaus nicht der Name actio de pastu vorkömmt, sondern nur dies:

> Si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupedem dedat [77a]).

---

76) Cujac. in Pauli sent. I. 23. I. (Opp. T. I. p. 376. 377.); in Institt. Just. L. 5. C. 8. (Opp. T. I. p. 271); Schulting ad Paul. I. 15. I. (welcher nur eine aq. Kl. gegen den immittens zuläßt, und die L. 14 ohne weiteres von der a. de pastu noxalis versteht), Heineccius antiqq. L. 4. T. 9. §. I. und die Menge der späteren cit. bey Glück, S. 282. Note 28. — Wie Diedemann Obs. II. p. 14. 21. bes. p. 23. gradezu läugnen konnte, daß L. 14 cit. von irgend einem damnum injuria datum rede, ist unbegreiflich.

77) Thibaut, a. a. O. S. 196. 197.

77 a) Varianten (für den Sinn gleichgültig) s. in der ed. von Hugo.

Diese Stelle und auch wieder L. 14. veranlaßten schon Jac. Gothofred [78]) zu der Meinung, in dem Worte pauperies sey das Abweiden mitbegriffen, und deshalb in den 12 T. dessen nicht besonders erwähnt. Dagegen ist aber die ganze Theorie des contra naturam, und insbesondre nach Arg. L. 30. §. 2. ad leg. Aq. —

Wenn aber so viele unsrer besten Juristen die L. 14. cit. so mißverstehen konnten, daß sie daraus den Schluß zogen, es haben die 12 T. wegen Abweidens aus eigenem thierischen Triebe eine Noxalklage gegeben, wie leicht konnte ein gleiches Mißverständniß des röm. Rechts bey den gothischen Compilatoren eine Entstellung der echten Worte des Paulus veranlaßt haben? Denn für die Annahme einer Noxalklage wegen Abweidens, sey es nun als actio de pauperie oder mit dem besonderen Namen de pastu, haben wir durchaus keine einzige weitere Spur, so allgemein sie auch im Munde der neueren Juristen ist. Ausdrücklich dagegen sind aber unsere D. und J., welche ohne alle Restriction nur von einem naturwidrigen Schaden sprechen, so daß also die Annahme einer actio de pastu in diesem Sinne gradezu gesetzwidrig wäre, für das Justinianische Recht durchaus wegfällt, und selbst durch die Stelle des Paulus (ihre Echtheit vorausgesetzt) noch sehr zweifelhaft bleibt. Dazu kömmt, daß sich schlechterdings

---

78) VI fontes ad Tab. 7.

nicht einsehen läßt, warum Justinians Compilatoren von einer solchen Klage geschwiegen haben sollten, da sie doch, hätte sie existirt, gewiß nicht aufgehört hat, denn der Grund, den man bey der a. de pastu in solidum geltend machen konnte, daß sie durch das Aquil. Gesetz überflüssig geworden sey, paßt hier nicht, da dieser Klage das Ag. Gesetz eben so wenig, als irgend einer andern Noxalklage oder der a. de paup. selbst derogiren konnte. Wäre dieses Abweiden irgend klagbar gewesen, so war es durch eine besondere Klage, und warum sollte dann Justinian durch seine unlimitirte Bestimmungen über die zu einer Noxalklage bey Thieren nothwendige Naturwidrigkeit jede Annahme derselben unmöglich gemacht haben?

Abgesehen von diesen Gründen, so wie von der Unwahrscheinlichkeit an und für sich, daß die 12 T. eine actio de pastu in zweyfacher Hinsicht anordneten, und von der unerklärbaren aller übrigen Analogie widersprechenden Singularität dieser Klage, läßt sich noch aus L. 14. selbst, aus welcher man sie hat erweisen wollen, ihre Nichtexistenz wahrscheinlich machen. Es wird nämlich dort als Grund der wegen Hintreibens versagten a. de pastu nur das non pascere in alieno angegeben, während doch zu zeigen war, daß sie auch in dieser zweyten Beziehung als Noxalklage in dem vorliegenden Falle unstatthaft sey. Wollte man erwiedern, daß dies hier kein Bedenken haben konnte, so darf ich replicirend fragen, weshalb denn das Gesetz die a. de pauperie ausdrücklich

ausschließt? An der Unzulässigkeit der letztern konnte noch viel weniger gezweifelt werden, und viel eher wären daher statt dessen die Worte zu erwarten gewesen: neque de pastu noxalis, da denn doch einmal in dem Falle von pascere die Rede war, insofern eine solche Klage nicht überhaupt eine Chimäre wäre.

§. 34.

Ließen sich Fälle denken, bey welchen das depascere wirklich auf eine naturwidrige Weise verübt wird, so könnte man allerdings die Stelle des Paulus dadurch erklären, so daß darin nichts als die gewöhnliche a. de paup. enthalten wäre. Dieses versucht auch wirklich oben erwähnte Recension nachzuweisen, indem sie bemerkt, daß im Falle mangelnder culpa des Herrn selbst „sich die Möglichkeit des Abweidens nicht wohl anders als dadurch erkläre, daß das Thier in einem Ausbruche von Wildheit der Aufsicht entwich, und sich zu der Beschädigung in Stand setzte.“ Allein wenn auch ein Thier einen solchen Anfall von Wildheit bekam, so bleibt deswegen das Abweiden, also grade die hier interessirende Beschädigung, immer naturgemäß. Man müßte sich daher denken, daß ein Thier, etwa ein solches, das sich nicht von Pflanzen nährt, wild geworden und so das Getraide verdorben habe, und darauf deutet vielleicht selbst die Gothische Interpretation hin, welche das depasta durch: „aut alicujus fructus laeserit“ erklärt. Das wäre denn nichts

als eine consequente Anwendung der a. de paup. und will man auf diese Weise die Echtheit der Stelle des Paulus retten, so ist dies meinen oben ausgesprochenen Ansichten gar nicht zuwider. — Mir aber scheint es richtiger und minder gezwungen, das ganze „damnumve dederit quidve depasta sit" für einen sogenannten Anianismus anzusehen, der als Erklärung des Begriffs pauperies in den Text gekommen, und selbst entweder durch Unkenntniß des römischen Rechts, oder (wie man aus der Interpretation schließen könnte) durch solche Betrachtungen wie die zuletzt angestellten, vielleicht auch durch den Einfluß germanischer Principien entstanden ist. Schon daß Paulus von der pauperies das damnum als etwas Verschiedenes getrennt habe, ist hier, wo von der Sprache der 12 Tafeln nicht von der des Edicts die Rede seyn müßte, unwahrscheinlich, und so hätten wir denn allerdings Gründe genug, die uns berechtigen, die Echtheit dieser Stelle in einem Werke wie das breviarium [79]) ist zu bezweifeln.

---

79) Man vrgl. was darüber Savigny in seiner meisterhaften Geschichte des R. Rs. im Mittelalter (B. 2. S. 53. folgg.) sagt.

Sechstes Capitel.

Selbstständigkeit der Untergebenen in Delicten. — Haussöhne. — Der beklagte Herr ist Defensor. — Delicta publica im Verhältniß zur noxa. — Regreß. — Form der Noxalklagen. — Ob sie arbitrair sind?

§. 35.

Ich habe mich schon oben (§. 11) auf die noxae datio der Hauskinder berufen, so wie auf das allmählige Erlöschen dieser Sache mit der immer mehr zunehmenden Selbstständigkeit der Kinder. Sie soll hier noch kurz auseinander gesetzt werden. Es ist bekannt, daß in den ältesten Zeiten die patria potestas mit der dominica auf gleicher Stufe stand, und so ist es auch kein Wunder, wenn die Kinder eben so gut noxae gegeben werden konnten, als sie in so vielen Verhältnissen den Sklaven gleich behandelt wurden [80]).

80) Inwiefern sie servi oder addicti wurden und dessen Unterschied, darüber s. Pithoeus b. Schulting, ad Paul. II. 31. §.9. und Cujac. Obs. 13. 15. (Opp. T. 3. p. 73). Natürlich

Noch zu Papinians und Paulus Zeiten war diese noxae datio filiorumfamilias geltendes Recht, [81]) und selbst die Pandecten enthalten viele Spuren derselben [82]). Durch Gesetz hob dieses längst vorher unpractisch gewordene Institut erst Justinian auf, [83]) wobey er denn außer seinen

---

gieng auch hier nach der Manumission die Klage nur gegen den Manumittirten selbst, und das Abverdienen der litis aestimatio mußte um so mehr hier gelten, als es nach §. 21. sogar von Sklaven galt. Coll. T. 2. §. 3. (Papinian). Per hominem liberum noxiae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Praetore, qui noxae deditum accepit: sed fiduciae judicio non tenetur. Paulus II. 31. §. 9. Filiusfamilias si furtum fecerit, deinde emancipetur, furti actio in eum datur: quia in omnibus noxa caput sequitur.

81) S. die vorherg. Note.

82) L. 33. 34. de N. A. (oben §. 11), L. 3. §. 4. de lib. hom. exh. (43. 29). L. 5. §. pen. de O. et A. (44. 7). L. 9. §. ult. quod fals. tut. (27. 6). L. 17. pr. de damn. inf. (29. 2). L. 4. de cond. furt. (13. 1).

83) Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admisere. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare: ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur: cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum

argumentationibus ad hominem (wozu z. B. die pudicitia bey der filiafamilias gehört) noch bemerkt, daß ja die alten Juristen selbst den Grundsatz anerkannt hätten, die Haussöhne könnten für ihre Delicte selbst belangt werden, [84]) wiewohl es deshalb dennoch nicht verwehrt war, sich an den Vater zu halten [85]). Nachdem aber letzteres die Selbstständigkeit der Haussöhne unnöthig machte, zumal da man doch wieder an den Sohn gewiesen wurde, der gewiß je später je weniger als Sklave behandelt werden durfte, so war es sehr natürlich, daß schon vor Justinian die Sache in der Praxis zu einer bloßen Klage gegen den Sohn wurde, insofern keiner freywillig den Prozeß übernahm.

Das aber geht aus dieser ganzen Sache, und besonders aus L. 33. 34. citt. hervor, daß in der Möglichkeit der Selbstvertheidigung der Grund lag, warum die Klage nun gegen den Delinquirenden selbst, und nicht mehr in dessen Namen an einen fremden Vertheidiger gerichtet wurde.

---

apud veteres legum commentatores invenerimus saepius dictum, ipsos filiosfamilios pro suis delictis posse conveniri, §. ult. J. de N. A.

84) L. 57. de judic. (5. 1), L. 39. de O. et A. (44. 7).

85) L. 33. 34. D. de nox. actt.

§. 36.

Daß der Herr, welchen eine Noxalklage trifft, durchaus nur als defensor oder procurator anzusehn ist, darüber mag außer dem, was sich bisher schon ergab, noch folgende Ausführung Gewißheit geben.

Der Ausdruck defendere selbst kömmt grade für dieses Verhältniß unzähligemal vor, [86]) eben so das servi nomine [canis nomine [87])] verklagt werden. Defendere heißt aber, des Beklagten Stelle vertreten, daher sagt Ulpian in L. 51. §. 1. de procuratt. (3. 3):

> Quoniam tamen defendere est eandem vicem quam reus subire, defensor mariti in amplius quam maritus facere possit non est condemnandus [87a]).

Eben so wie aber hier der defensor nicht weiter verurtheilt werden kann, als sein Client zu zahlen schuldig ist

---

86) Z. B. L. 17. 29. 32. 33. 34. de N. A. L. 2. §. 1. si ex nox. caus. (2. 9) u. s. w.

87) L. 2. §. 1. si quadr. — Pro eo homine judicium accipere sagt L. 58. de R. V. (6. 1) in Bezug auf den noxaliter belangten Herrn. Der Herr ist allerdings procurator in rem suam, aber das hindert nicht, ihn als defensor zu betrachten, L. 33. fin. de proc. (3. 3).

87a) Vrgl. dazu L. 23. de re jud. (42. 1).

(in dessen Namen das beneficium competentiae hat), so kann auch der defensor servi nicht weiter verurtheilt werden, als der Sklave leisten kann, und diese Schranke, welche dort eine Folge gesetzlicher Begünstigung ist, ist hier eine vom Gesetze berücksichtigte physische Nothwendigkeit. Das Vollendetste aber was der Sklave leisten kann ist, daß er Eigenthum des Klägers wird, das Höchste was dieser fordern kann, daß seine Ansprüche auf Ersatz und Privatstrafe befriedigt werden; die Folge ergibt sich von selbst.

Im Titel de procuratt. et defensorr. zählen die Römer namentlich auch diese Vertheidigung unter vielen andern Arten der Defension auf, [88]) und Paulus handelt in seinem lib. 6. ad edict. sowohl von der Defension des noxaliter belangten Herrn, als von den Procuratoren und den mit der Defension verbundenen Cautionen [89]).

§. 37.

Diese Ansicht könnte bezweifelt werden wegen L. 14. D. de his qui not. infam.

Paulus, Lib. 5. ad ed.

---

88) L. 35. §. 3. L. 36. de proc. — — Sed et si servum ex causa noxali patiatur duci, defendere videtur.

89) Vrgl. L. 2. si ex nox. caus. (2. 9), L. 11. de N. A. L. 2. de eo per quem. fact. (2. 10), L. 16. qui satisd. cog. (2. 8). L. 15. de jurejur. (12. 2). L. 6. de procur. L. 110. de R. I. (50. 17).

Servus cujus nomine noxale judicium dominus acceperit, deinde eundem liberum et heredem instituerit, ex eodem judicio damnatus non est famosus, quia non suo nomine condemnatur, quippe cum initio lis in eum contestata non sit.

Hier heißt es ausdrücklich, der Sklave, in dessen Namen der Herr, noxaliter mit einer an sich infamirenden Klage belangt, litis contestatio einging, würde, wenn er während des Prozesses seine Freyheit erhielt, in Folge dieses [90]) judiciums nicht infam, da er nicht in eignem Namen verurtheilt wird, wegen der von Anfange an nicht gegen ihn gerichteten Litiscontestation.

Es bedarf aber nur des Beweises, daß auch jeden andern, für den ein procurator defendirend auftritt und sich auf die Klage einläßt, trotz des infamirenden Characters der Klage, dennoch nicht die Infamie trifft, bloß deswegen, weil die Litiscontestation durch einen Procurator geschah. Ist dieses dargethan, so dient jenes Gesetz nicht nur nicht zur Widerlegung, sondern zur vollkommensten Bestätigung meiner Ansicht.

---

90) Denn wenn die Klage von neuem gegen den nunmehrigen Freyen erhoben wird, so daß er die Litiscontestation eingeht, so ist das natürlich anders.

L. 6. §. 2. de his qui not. Ulpian lib. 6. ad edict.

Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia, et ideo nec procurator meus, vel defensor, vel tutor, vel curator, vel heres, furti, vel ex alia simili specie condemnatus infamia notabuntur: [91]) nec ego, [92]) si ab initio per procuratorem causa agitata est.

Also die Procuratoren ꝛc. werden nicht infam, aber auch umgekehrt nicht die Clienten, wenn der Procurator den Prozeß sogleich von Anfang an für sie führte. Es bestätigt dies L. 2. de obs. par. [93]), wonach den Kindern und Freygelassenen selbst dann keine

91) Vulg. notabitur.

92) In der Gött. Ausg. ist nach Taurell abgedruckt: nec ergo, aber Brenkmann bemerkt dazu: omnino reponendum reor: nec ego, sic enim diserte legitur in membr. Florent. Dies ist auch die gewöhnlichste Lesart, womit ferner die Basiliken übereinstimmen. Nur Hal. und Hugo a Porta II. lesen ergo, was kaum einen erträglichen Sinn gibt.

93) D. (37. 15). (Julianus). Honori parentium ac patronorum tribuendum est, ut quamvis per procuratorem judicium accipiant, nec actio de dolo aut injuriarum in eos detur: licet enim verbis Edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.

actio de dolo, als eine infamirende Klage (sondern nur a. in factum), gegen ihre Eltern oder Patronen gestattet wird, wenn letztere nicht selbst sondern durch einen Procurator sich einlassen, denn obgleich die so Verurtheilten nach dem Inhalt des Edicts nicht infam würden, so seyen sie doch in der öffentlichen Meinung herabgesetzt. —

Also auch hier wieder eine vollkommene Parallele des Noxalverhältnisses und jeder andern Defension.

§. 38.

Es liegt in der Natur einer Defension, daß sie nicht pro rata geschehe. Folglich kann auch der condominus eines Sklaven solchen nur in solidum vertheidigen, insofern er sich nicht seiner Ansprüche sogleich begeben will.

L. 4. si ex nox. caus. (2. 9). Gajus libr. VI. ad ed. Prov.

Si cum uno ex dominis noxali [94]) agetur an pro parte socii satisdare debeat? [95]) Sabinus ait, non debere, quia quodammodo totum suum

---

94 So mit mehr. Codd. Hal. — Häufig liest man noxali judicio. Das Flor. noxalis sucht Brenkmann zu vertheidigen. Der Sinn ist immer derselbe.

95) Flor. deberet. — Des Hal. debent (auf socii als Subject statt als Genitiv bezogen) ist gewiß falsch; auch sind die Basiliken dagegen.

hominem defenderet, cui in solidum defendendi necessitas esset; nec auditur, si pro porte paratus sit defendere.

S. L. 14. §. 2. de serv. corr. (11. 3).

Es kann nun aber auch das Urtheil in Gemäßheit der Einlassung nur auf litis aestimatio oder cessio in solidum gehn, so daß der verurtheilte socius die Theilungsklage gegen seinen Miteigenthümer hat, wenn die von Letzterem verweigerte Herausgabe ihn nöthigte jenes zu wählen, denn im Falle der noxae datio ist alles von selbst in der Ordnung. Das ist der Inhalt der wichtigen L. 8. de N. A.

Ulpian lib. 37. ad ed.

Si servus communis furtum fecerit, quivis ex dominis in solidum noxali judicio tenetur: eoque jure utimur. Sed non alias poterit is, qui conventus est, evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum: nec ferendus est, si [96]) partem dedere fuerit paratus. Plane si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in solidum fuerit condemnatus, communi

---

96) So Hal. et Vulg., was gewiß dem ferendus etsi der Flor., welches aber im Ganzen den Sinn nicht ändert, vorzuziehen ist.

dividundo vel familiae erciscundae judicio adversus eos experietur [96]a). —

Aber niemand ist zur Defension, also zur Einlassung im Namen des Sklaven gezwungen, insofern er auf den nicht Beschützten Verzicht leistet (§. 59). Dasselbe muß folglich auch hier beym theilweisen Eigenthume gelten, daher nun der Kläger mit Cession des Antheils sich begnügen, und seine weitere Klage an den Miteigenthümer richten mag. Denn nur bey **wirklicher** Einlassung ist der Beklagte zur Herausgabe des ganzen Sklaven verbunden, weil nur dann der Grundsatz zur Anwendung kömmt: man kann nicht halber Stellvertreter seyn. Deshalb fährt Ulpian fort:

> **Ante** noxale sane judicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere judicium [97]).

Daraus erhellt denn, wie eigentlich an den Skla-

---

96 a) L. 15. comm. div. (Paulus) Si socius servi communis nomine conventus et condemnatus sit, aget communi dividundo, et (etiam) antequam praestet, nam et si noxali judicio cum uno actum sit, statim aget cum socio, ut ei pars traderetur, cautionibus interpositis, **ut, si non dederit, reddet**.

97) Die Schlußworte dieses Gesetzes sind unten (§. 63) zu erläutern.

ven des Klägers Ansprüche gehn, da jener in Ermanglung des Schutzes und anderer Befriedigung nun ohne Weiteres dem Kläger zufällt, aber auch nicht weiter als ihm Schutz mangelt (denn wegen des übrigen Theils ist erst wieder der Miteigenthümer zu belangen, §. 78); dagegen bey vorhandener Vertheidigung, auch nur von Seiten des condominus, welcher in Ermanglung der Mithülfe seines socius den Schutz allein übernimmt, kann dem Beklagten, gegen den man den Proceß wirklich führte und verlor, nun auch der Sklave in dessen Namen dieses geschah in keiner Hinsicht, als nur gegen volle Befriedigung der gerechten Ansprüche des Klägers, vorenthalten werden.

§. 39.

Der Eigenthümer, als der natürliche Vertheidiger, kann auch seine abwesenden Sklaven schützen; will ein Nichteigenthümer zur Defension gelassen werden (§. 66), so wird wenigstens Gegenwart des Sklaven erfordert. Im Zweifel nimmt man die günstigere Meinung an, und gestattet Defension der Abwesenden. Dies sagt Ulpian in L. 1. §. 1. de N. A. [98])

---

93) Bestärkt wird diese Regel durch die Ausnahme der L. 1. fin. L. 2. L. 3. pr. de public. (36. 2), deren Grund nach Ulpians eignen Worten in der singulären Strenge gegen die publicani liegt.

Eos, quorum nomine noxali judicio agitur etiam absentes defendi posse placuit: sed hoc ita demum, si proprii sint servi: nam, si alieni, praesentes esse oportet, aut, si dubitetur, utrum proprii sint an alieni, quod ita puto accipiendum, ut, si constet, vel bona fide (ei) servire, etiam absentes possint defendi.

Im Falle der Abwesenheit nun können Cautionen vorkommen, die cautio de judicio sisti, welche einstweilen an die Stelle der Einlassung auf die Klage tritt (§. 19), und die Caution, den Sklaven auszuliefern, sobald man kann, welche die Stelle der Cession bey verweigerter Einlassung vertritt.

L. 2. §. 1. si nox. caus. Paulus, lib. 6. ad edict.

Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse: compellendum putat Vindius vel judicio eum sisti promittere, vel judicium accipere: aut si nolit defendere cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum.

Bey dem Abwesenden sind es also diese beyden Cautionen, welche an die Stelle der Alternative treten, ent-

weder den Ausgang vom Prozesse abhängen zu lassen (dafür cautio de j. s.), oder ohne Litiscontestation zu cediren (dafür die andre Caution).

Nun ist es ein allgemeines Princip, für das Eigene cavirt man durch (simples oder eydliches) Versprechen, für das fremde durch Bürgschaft [99]). Das ist denn auch hier wieder Regel. Darum gebraucht Gajus in L. 4. si ex nox. (§ 38. im Anf.), bey der Frage, ob man für des socius Antheil caviren müsse, den Ausdruck satisdare. Denn darauf ging grade die Frage, ob dieser Theil als ein fremder zu betrachten sey, für den man höchstens zu satisdiren brauche, daß man ihn bey einmal zu erhaltendem Eigenthume exhibiren wolle, während man für seinen Antheil sich einläßt? Des Sabinus Antwort kennen wir schon: will er nämlich vertheidigen, so kann er dies nur in solidum, und es wird so angesehen, als gehöre der ganze Sklave sein (quodammodo suum rel.). Dies macht L. 4. vollends deutlich. L. 2. §. 1. cit. spricht von einem eigenen (abwesenden) Sklaven, be-

---

99) §. 1. 4. I. de satisd. (4. 11), L. 46. §. 2. de procur. (3. 3), L. 7. pr. L. 9. §. 4. L. 10. 11. L. 13. pr. §. 1. L. 15. §. 2. §. 6. L. 22. fin. de damn. inf. (39. 2). L. 5. §. 17. 18. L. 8. §. 3. L. 13. pr. de op. nov. nunc. (39. 1). L. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss. (42. 4). L. 110. §. 1. de R. I. (50. 7), vrgl. mit Tit. D. qui satisd. cog. (2. 8), L. 17. C. de dignitt. (12. 1). L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. ut leg. seu fid. (36. 3).

gehrt also keine satisdatio. Unsre Regel selbst ist deutlich ausgesprochen in L. 39. §. 1. de N. A.

Julian. libr. 9. Dig.

Qui alienum servum suum esse fatetur, quamvis noxali actione obligatur, nihilo minus causa cognita satisdare debet. Qui autem pro suo [100]) servo convenitur, satisdatione onerandus non est: non enim offert se defensioni alieni servi.

§. 40.

Bisher ist das Schutzverhältniß in Bezug auf Privatdelicte nachgewiesen worden. Dies rechtfertige zuvörderst folgende terminologische Erörterung, welcher eine Vergleichung dieses Instituts mit der Defension des Sklaven bey öffentlichen Verbrechen folgen soll.

Im Gegensatze der privatorum judiciorum heißen die den publicis judiciis unterworfenen Vergehen ausschließlich crimina [1]). Das Wort delictum dagegen ist ein genereller Ausdruck, umfassend sowohl crimina als delicta im engern Sinne, d. h. Privatverbre-

100) Das suo fehlt in der Flor., aber gewiß mit Unrecht, wie schon die Vergl. der L. 16. §. 1. de interr. (11. 1) ergibt.

1) L. 3. §. 1. D. stellionat. (47. 20). L. 2. C. de accus. (9. 2). L. 4. C. de N. A. (3. 41).

chen [2]). Meistens wird aber „delictum" in dieser engern Bedeutung gebraucht, ausschließlich, wenn es mit „crimen" oder „judicium publicum" im Gegensatze steht [3]). Genau eben so wird der Ausdruck noxa gebraucht, welches der Römer ja durch „delictum" oder „maleficium" erläutert [4]). So fährt Ulpian, nachdem er in L. 17. §. 17. de aed. Ed. (21. 1) die beym Verkauf eines Sklaven beyzufügende Caution für den Fall, daß er „noxa solutus non sit," (§. 46) erläutert hatte, in §. 18 fort:

> Noxas accipere debemus privatas, hoc est eas, quaecumque committuntur ex delictis, [non publicis criminibus [5])] ex qui-

---

2) L. 2. C. cit.

3) Z. B. L. 27. §. 17. de aedil. ed. (21. 1).

4) Pr. §. 1. I. de N. A. L. 1. D. eod. L. 1. §. 2. si quadr. L. 238. §. 3. de V. S. (50. 16).

5) Noodt Comm. L. 21. T. 1. (Tom. 2. p. 454) will die Worte „non publicis criminibus" entweder als Glossem wegwerfen, oder dem Satze „ex quibus — noxalibus" nachsetzen. Und die erste Meinung möchte richtig seyn; denn ein noxale judicium entsteht nicht aus publicis criminibus, es würde hier also grade behauptet, was der Jurist läugnen will, wenn man nicht den Satz von ex quibus an auf delictis bezieht, wie man sich auf jeden Fall zu construiren genöthigt sieht, selbst wenn man das störende non p. cr. stehn läßt. Aber der Nachsatz von denique an (wel-

bus agitur judiciis noxalibus: denique specialiter cavetur infra de capitalibus fraudibus: ex privatis autem noxiis oritur damnum damnum pecuniarium, si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre.

So Paulus L. 11. §. 2. de evictt. (21. 2).

Ex his verbis stipulationis duplae vel simplae, eum hominem quo de agitur noxa [6]) esse solutum, venditorem conveniri non posse propter eas noxas, quae publice coerceri solent.

Und Julian in L. 200. de V. S.

Haec stipulatio noxis solutum praestari? non existimatur ad eas noxas pertinere, quae publicam exercitionem [7]) et coercitionem capitalem habent.

---

ches hier wieder eine Folgerung bezeichnet, §. 30. Note 61), enthält ja grade das, was mit n. p. cr. gesagt wird, so daß es sehr wahrscheinlich ist, daß sich dies jemand bey „delictis" notirt hat, wodurch es dann in den Text kam.

6) Flor. noxae.

7) Vielleicht ist dies der Lesart executionem in Vulg. und Hal vorzuziehen.

In dieser engern Bedeutung ist also auch das Wort delictum gebraucht, wenn Ulpian im Tit. de privatis delictis, L. 1. §. 2. sagt:

> Non tantum in furti verum etiam in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt, sive honorariae, id placet, ut noxa caput sequatur.

Es sind also die öffentlichen Verbrechen hier nur in einzelnen Beziehungen zu berücksichtigen.

§. 41.

Es ist nämlich klar, daß von einem Noxalverhältnisse in dem bisher beschriebenen Character nur da die Rede seyn kann, wo das Delict Einzelnen rechtliche Ansprüche auf Schadensersatz oder Privatstrafe gewährt. Bey öffentlichen Verbrechen aber ist kein Bürger zur Forderung einer Privatbuße berechtigt, mithin tritt hier eine eigentliche Strafe des Sklaven ein, während dieser sich dort nur gefallen lassen mußte, Eigenthum des Klägers zu werden. Ja er wird, wenn sich das Verbrechen dazu eignet, natürlich mit dem Tode bestraft, und dadurch, wie durch geringere Strafen, leidet der Herr ebenfalls Schaden, nur noxae datio tritt nicht ein. So sagen die Kaiser Diocletian und Maximian in L. 4. C. de N. A. (3. 41), nachdem zuvor von einer Noxalklage die Rede war:

Sane, si criminis publici accusationem, propter uxorem tuam a servo raptum, intendendam putaveris: non contra dominum, sed contra eum servum, quem facinus commisisse proponis, hanc instituere debes.

Also bey öffentlichen Verbrechen geht die Sache noch weiter, man richtet die Anklage sogleich gegen den Sklaven selbst; aber auch hier ist dem Herrn die Vertheidigung zu übernehmen erlaubt, nur kann er den Sklaven weder durch noxae datio von der zuerkannten Strafe, noch durch einen Geldersatz sich den Sklaven retten, falls er ihn durch die Strafe verlieren sollte. Litis aestimatio ist hier nicht denkbar und Bestrafung öffentlicher Verbrechen kann und darf sich der Staat nicht durch Geld abkaufen lassen.

L. 2. C. de accus. (9. 2). Alexander.

Si cujusdam criminis [8]) obnoxius servus postulatur, dominus eum defendere potest, et in judicio sistere, accusatoris intentionibus responsurus [9]). Post probationem autem criminis non ipse dominus, sed servus pro suo delicto condemnationem sustineat. Ideo enim

8) Geb.'s Text cuidam crimini.

9) Die Lesart responsurum, welche Geb. im Text hat, erklärt er selbst für falsch.

servum suum domino defendere permissum est, ut pro eo possit competentes allegationes offerre.

L. 17. D. eod. (48. 2). Modestin.

Si servum dominus in crimine capitali defendat, sistendum satisdato promittere jubetur.

Aber eben weil der Herr hier nicht zur Vertheidigung genöthigt ist, so verliert er durch deren Unterlassung an sich auch den Sklaven nicht, da er füglich die Untersuchung seiner Schuld oder Unschuld dem Staate überlassen konnte. Ist aber bey Privatklagen niemand, der den in Anspruch Genommenen und selbst dazu Unfähigen vertheidigt, so wird er ohne Proceß dem Kläger cedirt, während hier der Staat für den Schutz des Angeklagten sorgt. Die Sache verbürgen folgende Stellen.

L. 9. de publ. jud. (48. 1). Marcianus (Vulg. Marcellus) libr. 1. de jud. publ.

Sciendum est, si in capitali causa suum servum reum crimine factum quis non defenderit, non eum pro derelicto haberi: et ideo si absolutus fuerit, non liberum fieri, [10] sed manere domini.

---

10) Dies und das Folgende erläutert L. 2. qui sine manum. (40. 8). Modestin. Servo quem pro derelicto

L. 13. de statu hom, Hermogenian lib. 1. juris epit.

Servus in causa capitali fortunae [11]) judicio a domino commissus, etsi fuerit absolutus, non fit liber.

L. 9. §. 1. qui et a quib. (40. 9). Marcianus (Vulg. Marcellus) lib. 1. Jnstitt.

Item nec ille liber fieri potest, qui a domino non est defensus in capitali crimine, posteaque absolutus est [12]).

---

dominus ob gravem infirmitatem habuit ex Edicto Divi Claudii competit libertas.

11) Diese von vielen Codd. unterstützte Lesart der Flor. scheint sehr elegant: „dem Urtheil des Schicksals," was bey einem Criminalproceß, besonders wenn die Vertheidigung unterbleibt, gewiß wahr ist. Prosaischer ist die Lesart fortunae judicii" dem Schicksale des Urtheils.

12) Nur das kann von dem Herrn verlangt werden, daß er den Sklaven ausliefere. „Si criminis alicujus reus servus postulatur, per ad exhibendum actionem produci a domino non celari debet. L. 2. C. ad exhib. (3. 42). — Aber auch wieder bey einem noxali judicio haben wir eine actio ad exhibend. um solches zu präpariren; nämlich auf Exhibition einer ganzen Sklavenfamilie um den Schuldigen herauszufinden, L. 3. §. 7. D. ad exhib. (10. 4).

Erduldet der Sklave eine Leibesstrafe, so wird er ebenfalls seinem Herrn zurückgegeben [13])

Auch ist der Sklave allen öffentlichen Anklagen nicht minder als der Freye unterworfen, mit Ausnahme solcher, deren Strafen ihrer Natur nach, wie Geldstrafen, oder vermöge positiver Gesetze bey Sklaven unanwendbar sind, in welchem Falle jedoch eine außerordentliche Strafe an die Stelle tritt [14]).

§. 42.

Auch Popularklagen können noxales seyn, insofern es sich auch bey diesen nur um eine Privatstrafe handelt, auf welche zwar nicht wie bey Privatklagen (das Wort im Gegensatz von Popularklagen gebraucht), irgend ein Einzelner als Verletzter ein ausschließliches Recht hat,

---

13) L. ult. de injur. (47. 10).

14) L. 12. §. 3. de accus. (48. 2). Si servus reus postulabitur, eadem observanda sunt, quae si liber esset, ex Senatusconsulto Cotta et Messala Consulibus — worauf denn in §. 4 die gedachten Modificationen folgen.

Ueber den Unterschied der Criminalklagen gegen einen Freyen oder Sklaven vrgl. Cujac. in. Lib. VI. Differ. Modest. ad L. 17. de accus. (Opp. T. 5. p. 1184. seqq.)

Ueber das forum der Sklaven vrgl. noch L. 1. §. 5. de off. praef. urb. (1. 12). L. 24. §. ult. de pign. act. (13. 7). L. 9. de manum. (40. 1).

sondern jeder im Volke, allein dieses allgemeine Recht aller wird doch wieder zum ausschließlichen Rechte dessen, welcher zuerst klagend das öffentliche Interesse vertritt. — Den Beweis liefert unter den oben (§. 16) aufgezählten Noxalklagen die actio de posito et suspenso, welche nach L. 5. §. 13. de his qui eff. (§. 92) eine Popularklage ist; ferner die a. de sepulcro violato, von welcher Ulpian L. 3. §. 11. 12. de sepulcr. viol. (47. 12) sagt:

> Si servus in sepulchro habitat, vel aedificavit: noxalis actio cessat, et in eum Praetor hanc actionem pollicetur. Si tamen non habitet, sed domunculam ibi habeat servus: noxale judicium erit dandum, si modo habere posse videtur. §. 12. Haec actio popularis est.

Die Unterscheidung zwischen demjenigen, welcher auf dem Grabmale wohnt, baut, oder nicht, rührt von dem deshalb gegebenen Edicte her,[15]) indem der Prätor den ersten Fall härter bestraft wissen will, was bey den Sklaven nur dadurch möglich ist, daß man in dem letztern Falle wohl eine Noxalklage zuläßt, im ersten aber das judicium, grade wie nach dem Obigen eine Criminalan-

---

15) S. L. 3. pr. eod.

klage, [16]) gegen ihn selbst gehn läßt. — Weiter beweist das Obige das judicium de albo corrupto, [17]) und da auch dieses wieder einem criminali judicio nahe kommt, [18]) so kann in Ermanglung eines defendirenden Eigenthümers, also in der Regel, wenn dieser klug ist, der Sklave hier ebenfalls selbst gezüchtigt werden, [19]) so daß also auch diese Popularklage in gewissen Fällen noxal ist, in gewissen nicht. Noch klarer und bestimmter wird diese Sache durch das was unten (§. 44, 45) ausgeführt ist.

Geläugnet wird indeß die noxae datio bey Popularklagen schon von Accurs, [20]) und wenn Voet [21])

---

16) Vrgl. nur L. 8 11. eod.

17) L. 7. pr mit L. 9. de jurisd. (2. 1).

18) Dies beweist schon die hohe Straffumme von 500 aureis (vrgl. Note 15. der Gött. Ausg. des C. j. zu L. 7. pr cit.), so wie daß Paulus I. 13. A. §. 3. dafür eine poena extraordinaria bestimmt (Is qui album raserit, corruperit, sustulerit, mutaverit, quidve aliud propositum edicendi causa turbaverit, extra ordinem punietur).

19) L. 7. §. 3. de jurisd. (2. 1.). „In servos autem si non defenduntur a dominis et eos qui inopia laborant, corpus torquendum est."

20) Glossa in L. 3. §. pen. de sep. viol.

21) Tit. de N. A. §. 2. Nicht mit Glück sucht ihn Cujacius Observ. 21. 41. (Opp. T. 3. p. 634), in Lib. 3. Pauli ad Ed. ad l. 9. de jurisd. (Opp. T. 5. p. 31) durch das

für diese entgegengesetzte Meinung sich auf L. 3. §. pen. de sep. viol. beruft, so muß er in diesem (im Anf. des §.n abgedruckten) Gesetze grade nur bis zu dem Worte „pollicetur" gelesen haben; die L. 7. §. 3. de jurisd. ist eben erklärt worden, und endlich seine L. 1. §. ult. de poenis spricht nicht von Sklaven.

§. 43.

Es ergibt sich also auch hier wieder, daß nur bey einem civile judicio eine wahre Noxalklage statt hat, während außerdem eine Züchtigung des Sklaven selbst eintritt. Es beweist aber zugleich das bisher Erörterte, so wie die Allgemeinheit der L. 2. §. 1. de priv. del. (47. 1), des pr. I. und L. 1. D. de N. A. nebst der im §. 16 aufgeführten Reihe von Noxalklagen, daß alle [21a] Privatklagen, von welcher Art sie auch seyn mögen, diesen

---

Beyspiel der a. de deject. et effus. zu schlagen, die er „proculdubio" wegen L. 1. §. 1. L. 5. §. 6. de his qui eff. für eine popularis hält, während niemand bezweifeln wird, daß nur a. de posito et suspenso, welche er ohne Grund mit jener in jeder Hinsicht gleich stellt, eine Popularklage ist. Dies ergibt schon die Vergleichung der Worte des Edicts selbst. Dort, wo es heißt „nocitumque ei esse dicetur" klagt nur der laesus, hier wo von einem Gegenstande die Rede ist „cujus casus nocere posset, versteht es sich, daß die Klage popular seyn muß.

21a) Eine Modification enthält §. 45.

Character (sogenannte qualitas adjectitia) erhalten, sobald ein Sklave der Urheber des Delictes war.

Oft heißt es nun bey den einzelnen Gesetzen ausdrücklich, daß sie auch noxaliter auf Sklaven anzuwenden seyen, wie dies z. B. beym furtum schon in den 12 Tafeln der Fall war, oder wie der Prätor in seinen Edicten über Delicte den Zusatz macht, im Fall sie von Sklaven verübt würden, könne man diese noxae geben [22]). Darum sagt Justinian in §. 4. I. de N. A.

Sunt autem constitutae noxales actiones aut legibus: veluti furti, lege duodecim tabularum: damni injuriae, lege Aquilia: Edicto Praetoris, veluti injuriarum et vi bonorum raptorum [22a]).

Wenn daher Noodt, [23]) nach dem Beyspiele mehrerer Vorgänger, [24]) gegen des Theophilus [25]) ausdrückliches Zeugniß, mehr als 3 Capitel des aquilischen

22) Eine Menge Beyspiele findet man bey Brissonius de formulis, Lib. 3. cap. 10. p. 261. seq. Vergl. auch unten §. 44.

22a) Vrgl. dazu L. 56. de O. et A. (44. 7).

23) Ad leg. Aq. Cap. 1. p. 138. Ihm stimmt bey Heineccius Antiqq. L. 4. T. 3. §. 5. not. d.

24) Balduin de l. Aq. p. 160 seqq.

25) In pr. Tit. de leg. Aq.

Gesetzes statuiren will, weil er sonst diese a. legis Aquil. noxalis, eben so wie die in L. 2. de N. A. erwähnte Gleichstellung der scientia mit dem Selbstthun nicht unterzubringen wisse, so ist zwar an sich richtig, was dagegen Mylius [26]) bemerkt, daß jede verbotene Verletzung schon seit den 12 Tafeln auch dem Sklaven mit untersagt war, daß folglich die Interpretation immer als Noxalklage statuire, was das Gesetz auch ohne deren Erwähnung verboten hatte. Allein hier hilft uns diese Bemerkung nichts, wo Justinian ausdrücklich sagt, es sey die aq. Noxalklage durch das aq. Gesetz eingeführt, eben so wie die A. furti durch die 12 T., und da es ferner Ulpian in L. 2. cit. [entlehnt aus seinem libr. 18. ad Ed. worin er ex professo vom aq. Gesetze handelt [27])] ebenfalls bezeugt, daß von der Gleichstellung des jubere und pati mit den Selbstthun in dem aquil. Gesetze die Rede war; obgleich auch dies Letztere bey den Römern allgemeines Princip war, und bey jedem Delicte schon durch Interpretation ergänzt werden mußte (§. 75 folgg.). Deshalb aber neue Capitel zu fingiren, ist dennoch nicht nöthig, da auch den bisherigen jene Bemerkungen, eben so

---

26) De trib. leg. Aquil. capitib. §. 4. (hinter Theoph. ed. Reitz, T. 2. p. 1102).

27) Vrgl. §. 95. a. E.

wie es der Prätor in seinem Edicte that, mit einigen Worten angehängt seyn konnten, denn daß keine Sylbe mehr als die uns referirten Worte darin gestanden habe, ist nirgends zu ersehen [28]. —

Aber das bleibt vollkommen wahr (s. §. 44), daß nicht bey jedem Delicte der noxa erwähnt werden mußte, um es zu einem noxalen zu machen, das Princip gründete in den 12 T., und war den Römern zur herrschenden Ansicht geworden, daher dieses Instituts gar häufig von den Classikern erwähnt wird, ohne deshalb auf eine Verordnung zu provociren. Unrichtig ist es also, wenn Glück [29]) die aus den 12 T. entspringende Klage „wegen der noxia servi alieni" als ein Beyspiel einzelner, gegen Ulpians Zeugniß noch nach dem Aq. Ges. übergebliebener Klagen aus Verletzungen anführt [30]). Gaß

28) Das Gegentheil ergibt sich vielmehr aus L. 2. §. 1 ad leg. Aq.; Hasse, die Culpa S. 71. Note a. Da das zweyte Cap. unpractisch geworden, so konnte schon Hasse bemerken, daß es das Fragliche nicht enthalten habe. — Jetzt ist uns dieses Capitel ohnehin nicht mehr ein Stein der Weisen, indem Hugo (Gött. Anz. 1818. St. 3) hier den Vorhang gelüftet, und uns dessen Inhalt aus Gajus referirt hat. Er ist von dem der beyden andern Capitel so durchaus abweichend, daß es bey den bisherigen Ansichten über letztere vollkommen sein Bewenden haben muß.

29) B. 10. S. 308.

30) S. dagegen Hasse, S. 23. folg.

es vor dem aquil. Gesetze einzelne Beschädigungsklagen, so waren es auch eben so viele noxale, mit ihrer Aufhebung und Concentrirung in Eine Klage hatten die noxalen dasselbe Schicksal, und jede neue Delictsklage war auch eine neue noxale [31]).

So mußte auch die alte actio de pastu: noxalis seyn, aber nicht in dem oben widerlegten Sinne, sondern — gegen den Herrn eines immittirenden Sklaven.

§. 44.

Zur völligen Klarheit in dem, was die vorhergehenden §en enthalten, darf Folgendes nicht übersehen werden.

Es war bey den Römern zwischen privat- und öffentlichen Delicten durchaus keine scharfe Grenzlinie gezogen, so daß bey manchem früheren Privatverbrechen nachher auch criminaliter geklagt werden konnte, [32]) so wie umgekehrt (was man gewöhnlich übersieht) der Prätor oft ne-

31) Bey Thieren war etwas anderes als was schon die a. de pauperie umfaßte undenkbar, wenn man nicht auch das damn. sec. nat. dat., gegen das Princip der Noxalklagen, hierherziehen wollte.

32) Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi. — Non ideo tamen minus si qui (quis) velit, poterit civiliter agere, L. ult. D. de furt. (47. 2) vrgl. mit L. ult. de priv. del. (47. 1). L. un. C. quando civ. act. (9. 31).

ben den Criminalklagen Privatklagen als electiv concurrirend einführte [33]). Bey Sklaven trat da, wo die noxae datio wegfiel, immer eine Leibesstrafe ein, auch wo der Freye nur eine Geldstrafe zu zahlen hatte, nämlich eben so wie dies auch bey letzterem, insofern er dürftig war, statt fand [34]). Dieses judicium gegen den Sklaven bezeichnet der Prätor durch den Ausdruck „in servum judicium dabo" [35]) im Gegensatze des „si servus fecisse dicetur, in dominum judicium noxale dabo" [36]); so wie selbst Ulpian für jenen Fall die Worte gebraucht „in servum et in familiam praetor dat actionem" [37]). — In denselben Fällen nun, wo man die Wahl hatte, den Freyen mit einer Privat- oder Criminalklage zu belangen, muß es consequenter Weise auch dem von einem Sklaven

---

33) Z. B. L. 1. §. 1. de incend. (47. 9), L. 7 §. 1. de inj. (47. 10).

34) In servos autem si non defenduntur a dominis et eos qui inopia laborant corpus torquendum est. L. 7. §. 2. de jurisd. Vrgl. L. ult. de in jus voc. (2. 4) L. 1. §. ult. de poen. (48. 19); L. ult. de inj. (47. 10). — Die L. 7. §. 2. cit. redet nämlich von der q. de albo corr., welche grade für diesen Fall der unterlassenen Defension nicht noxal ist, vrgl. oben §. 42.

35) L. 1. pr. de inc. (47. 9).

36) Z. B. L. 2. pr. vi bon. rapt. (47. 8), L. 1. pr. L. 5. §. 6. de his qui eff. (9. 3).

37) L. 4. §. 15. vi bon. rapt.

Lädirten frey stehn, ob er sich mit dessen Züchtigung begnüge, oder noxae datio (wenn nicht der Herr die litis aestimatio natürlich vorzieht) verlange. Eine solche Wahl läßt bekanntlich die Injurie zu, [38]) darum lesen wir denn bey Ulpian Folgendes:

L. 17. §. 4. de injur. (47. 10). Ulp. libr. 57. ad Edict.

Cum servus injuriam facit, maleficium eum admittere palam est. Merito igitur, sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc injuriarum, noxalis actio datur. Sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei, qui injuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare: sed dabitur ei facultas praestare (ei) servum verberandum, aut si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum, vel litis aestimationem sufferendam.

Die poena extraordinaria war zur Zeit der Classiker das Gewöhnlichere, deshalb läßt auch bey Sklaven Ulpian erst den Versuch der Züchtigung eintreten, und im Falle sich der Beleidigte nicht damit begnügte, die noxae datio. So sagt L. ult. eod. De injuria nunc

38) §. 10. I. de injur. L. 6. D. eod.

extra ordinem ex causa et persona statui solet. Darum servi flagellis caesi dominis restituuntur: liberi vero — und nun werden auch für diese, je nach Verschiedenheit des Standes, Leibes- oder Freyheits-Strafen genannt.

Also immer die Parallele zwischen Sklaven und Freyen und eben so der Wechsel der privat- und öffentlichen Strafen, zugleich zur allervollkommensten Bestätigung, wie in der noxae datio nur die Prästation von Seiten des Sklaven liegt, da es ja nur von dem zufälligen Unterschiede zwischen Civil- oder Criminalstrafe abhängt, ob er hingegeben oder gezüchtigt werde, d. h. ob er einer privat- oder öffentlichen Klage Genüge leiste, ob er durch seinen Leib zahle oder an seinem Leib büße.

§. 45.

So wie es mithin von der Willkühr positiver Bestimmung, namentlich des Prätors, abhing, wegen irgend eines Delicts eine privat- oder öffentliche Klage eintreten zu lassen; so konnte es denn auch kommen, daß der Prätor bisweilen eine poena extraordinaria gegen den Sklaven einführte, während er in demselben Falle gegen den Freyen nur eine privat-Poenalklage gab, da beyden Ein Princip zu Grunde liegt, und Geld- und Leibesstrafen so oft wechselseitig substituirt sind. Dies finden wir bey

dem Edicte de damno in turba dato, [39]) während die ganz ähnliche und in demselben Edicte begründete actio vi bonorum raptorum eine noxale war; [40]) ferner tritt dies ein bey dem Edicte de damno ex incendio, ruina, naufragio, rate nave expugnata, [41]) und außerdem bey den oben (§. 42) erwähnten Popularklagen, insoweit sie nicht wirklich noxal sind, so daß nun auch über dies Letztere alles Dunkel vollends verschwindet [41 a]).

Vergebens ist daher das Bestreben für diese Verschiedenheit generelle Regeln aufzufinden, wie z. B. daß alle Popularklagen nicht noxal seyen, wohl aber die übrigen Privatklagen. Aber das kann auch nur auffallen, so lange man gewöhnt ist, in den Noxalklagen ein des Herrn wegen gegebenes Rechtsmittel zu finden, dem durch die facultas noxae dedendi nur eine Erleichterung zu Theil wird. Nach unserm Princip aber befremdet dieses eben so wenig, als das Schwanken zwischen öffentlicher und Privatstrafe überhaupt, und auch dieses ist eben so natürlich,

---

39) L. 4. §. 15. coll. pr. D. vi bon. rapt. (47. 8).

40) L. 4. pr. coll. L. 2. pr. eod.

41) L. 1. pr. de incend. (47. 9).

41 a) Noch eine Classe der Art werden wir unten bey den Quasidelicten kennen lernen, wo es Grundsatz war, den Sklaven zu züchtigen, in demselben Falle, wo gegen den Freyen eine Privatklage ging.

als die Bestimmung der Größe der Geldsumme oder der Leibesstrafe nur vom arbitrium [42]) des Gesetzgebers abhän-

---

42) Es findet sich hier eine milde Rücksicht der Römer statt der strengen Consequenz, welche sie außerdem in dieser Materie beobachten. Nämlich bey dem von einer ganzen Sklavenfamilie oder doch von mehreren Sklaven verübten Diebstahle kann man der noxae datio aller dieser Sklaven dadurch ausweichen, daß man nur so viel an litis aestimatio zahlt, als Ein Freyer hätte prästiren müssen, wenn er den ganzen Diebstahl allein verübt hätte; also nur Ersatz und einmal das duplum oder quadruplum; das wäre, sagen die Classiker, aus Billigkeit edicirt worden, weil der bedrängte Herr sich sonst genöthigt sehe, alle seine Sklaven zu verlieren. Vrgl. Tit. si fam. furt. fec. dic. (47. 6). L. 31. de N. A. — Aus gleicher Billigkeit, sagt Gajus in L. 32. ad leg. Aq., habe man daher Gelegenheit genommen, es auch auf das damnum injuria datum auszudehnen, während derselbe Gajus in demselben Werke (ad Edict. prov.) die Ausdehnung auf schwere Realinjurien versagt, L. 34. de injur.; so daß also bey einem damnum injuria datum, wenn es sich zu letzterem qualificirte, ein Gleiches gelten mußte, da ohnehin die aquil. Kl. mit der a. injuriar. nach L. 25. de inj. L. 66. de usufr. (7. 1). L. 13. L. 15. de R. V. (6. 1). L. 34. de O. et A. (44. 7). L. 6. ad leg. Jul. de adult. (48. 5) concurrirte. — Eben so wird bey der schweren actio de albo corr. nicht dem furtum analog edicirt, worüber sich Paulus in L. 9. de jurisd. hinlänglich erklärt, indem er auch des Octavenus Meinung limitirt, welcher dennoch dem armen Herrn seine Hülfe angedeihen lassen wollte. Ich bemerke nur noch, daß die Classiker, um der Sache ein juristisches Ansehen zu geben, in jenen Fällen wo sie billiger sind, annehmen, es sey nur Ein factum begangen worden. Die Vergl. der angeführten Ge-

gen kann [43]). Richtig sagt daher Cujacius (§. 42. Note 21. cit.) „pro qualitate et magnitudine delicti sive noxiae praetoribus visum est alias facere noxales alias non item, nec alia varietatis ratio quaerenda est;“ wenn er aber fortfährt: „non fit noxalis actio temere interpretationibus nostris, sed edicto aut lege opus est, quo, quave nominatim fiat noxalis, alioquin in servum extra ordinem agitur, non in dominum“ — so darf ich mich für meine grade entgegengesetzte Behauptung nur auf das bisher Ausgeführte berufen. — Man sieht es auch aus den äußerst wenigen hier angeführten Fällen einer poena extraordinaria im Vergleiche mit der großen Menge von Noxalklagen,

setze wird aber meine Ausführung hinlänglich rechtfertigen. Vrgl. auch Cujac. Obs. 8. 20. (Opp. T. 3. p. 206), in lib. 3. Pauli ad Ed. ad l. 9. de jurisd. (Opp. T. 5. p. 32).

43) Zu so vielem Bunten unsrer Tage gehört auch ein mathematisches Criminalrecht, womit man uns beschenkt hat unter dem Titel: „Versuch die Größe der Criminalverbrechen und das Strafmaaß in jedem Falle nach einem sichern Verhältnisse zu bestimmen“ von Chr. v. Santen, 1817; worin die unendlichen Modificationen der Imputation in subjectiver und objectiver Hinsicht auf zählbare Grade gebracht sind, so daß durch Addition und Multiplication als Product ihr Correlat — die Strafe — hervorspringt. — Das hätte die Römer allerdings eines Besseren belehren können. —

daß letzteres Regel und herrschende Theorie war, von der der Prätor nur in einigen schwereren Privatdelicten eine singuläre Ausnahme machte, die ohne Gesetz „temere" angenommen würde. Es ist aber des Cujacius Meinung, der ohnehin jene Willkühr der gesetzlichen Bestimmung nicht, wie hier geschehn, erklärte, nur eine consequente Folge der Ansicht, daß der noxaliter belangte Herr im Grunde doch, seiner nur fingirten culpa wegen, einen ungerechten Nachtheil leide, daher die Intrepretation so knapp als möglich zu Werke gehn und lieber den Sklaven selbst fassen müsse. Die gesetzliche Ansicht dagegen ist eine eben so consequente Folge der bisher ausgeführten Theorie.

§. 46.

Regreßklage.

Ich habe mich oben (§. 15) für meine Ansicht auch auf diese Klage berufen. Sie ist leicht zu erweisen. Sie beruht darauf, daß der Verkäufer ein Object nicht so gab, wie es als Gegenstand des Contracts erwartet wurde, wobey seine culpa natürlich gleichgültig ist [44]. Wie also überhaupt verborgene physische oder moralische Fehler, oder ein rechtlicher Mangel des Gegenstandes, z. B. fehlendes Eigenthum des Veräußerers, theils die allgemeinen Con-

---

44) „Neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate" L. 1. §. 2. de Aed. Ed. (21. 1).

tractsklagen begründen, theils zugleich oder allein Gegenstand besonderer Stipulationen sind, so daß man in letzterem Falle bey deren Verabsäumung auch keinen Regreß hat, wie in der Regel bey moralischen Fehlern, so gehört in die Reihe der letzteren auch das Freyseyn von noxa, da in dem die redhibitorische Klage begründenden Edicte unter den Mängeln, für deren Nichtvorhandenseyn cavirt werden mußte, auch die einem Sklaven anklebende noxa gehörte.

L. 1. §. 1. de Aedil. ed. Ulpian libr. I. ad Ed. Aedil. cur.

Ajunt Aediles: „Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit, rel.

Ulpians Erläuterung in L. 17. §. 17. eod. ist folgende:

Quod ajunt Aediles, noxa solutus non sit, sic intelligendum est, ut non hoc debeat pronuntiari, nullam eum noxam commisisse, sed illud noxa solutum esse, hoc est, noxali judicio subjectum non esse: ergo, si noxam commisit, nec permanet, noxa solutus vide-

tur [45]). Also: wenn der aus dem begangenen Delicte möglichen Klage des laesus schon Genüge geleistet war, z. B. der Verkäufer oder sein auctor waren selbst durch noxae datio nach begangenem Delicte (§. 19) zum Eigenthume daran gelangt (nec permanet sc. bey dem dominus der ihn noxae gibt), oder der Sklave war durch litis aestimatio ausgelößt worden, so ist er von noxa frey.

Dasselbe gilt auch bey andern (onerosen) Alienationen, vrgl. L. ult. de rer. perm. (19. 4). Auch Criminalverbrechen der Sklaven können Verlust derselben herbeyführen, daher versäumten die Römer nicht, auch dies zum Gegenstande der Stipulation zu machen, und es heißt daher im angef. Edicte ferner:

„Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad

45) Aliud est, promittere furem non esse, aliud furto noxaque solutum: qui enim dicit, furem non esse, de hominis proposito loquitur, qui furtis noxave solutum, nemini esse furti obligatum promittit, (er, der Sklave, ist obligirt) L. 174. de V. S. (50. 16). Daß es der stipulatio bedarf, darüber s. L. 3. pr. fin. si fam. furt. (47. 6).

bestias intromissus [46]) fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto" rel.

Dies wird aber nicht unter dem Ausdrucke noxa begriffen, daher „specialiter cavetur infra (im Edicte) de capitalibus fraudibus," fährt Ulp. in L. 17. §. 18. cit. fort, (s. §. 40. und L. 200. de V. S. (50. 16). — Ferner findet bey der noxia auch die für die Eviction gewöhnliche stipulatio dupli statt, [47]) weil es mir, wie L. 45. §. 1. de leg. I. (30) sagt, gleichgültig ist, ob mir der Sklave durch noxale oder dingliche Klage entrissen wird [48]) —

Bey Thieren müßte noch jetzt eine Regreßklage analog zugelassen werden.

Form der Noxalklagen.

§. 47.

Endlich ergibt sich noch das Schutzverhältniß des Herrn aus der Art und Weise, wie die Klage an ihn gerichtet

---

46) Statt intromissum, wie Hal. in den Text gesetzt hat. Vrgl. Gebauers Note.

47) L. 3. L. 11. §. 1. L. 30. de evictionn. et dupl. stip. (21. 2).

48) L. 45. §. 1. de leg. I. (30) vrgl. mit L. 72. §. pen. de solutt. (46. 3).

wird. Man fordert von ihm litis aestimatio, als Repräsentant des Sklaven, oder im Weigerungsfall Uebergabe des Sklaven selbst, damit dieser dafür herkomme; Klage und Urtheil ist mithin alternativ. Dies wird meistens geläugnet, [49]) wiederum in der Meinung, die noxae datio sey nur ein angehängtes privilegium, dessen sich zu bedienen des Beklagten Sache wäre. — Beweis. Der Prätor unterscheidet in seinen Edicten genau, ob er ein judicium mit oder ohne noxae datio gestatte. Der Schluß seines Edicts in L. 1. pr. D. de his qui eff. (9. 3) heißt:

Si servus insciente domino fecisse dicetur, [50]) in judicio adiciam, [51]) aut noxam dedere [52]).

L. 5. §. 6. eod.

---

49) Wegen der Litterat. kann ich hier auf Glück, B. 10. §. 695. S. 293. verweisen. — Brissonius de formul. handelt davon L. 3. c. 10; L. 5. c. 138. 139. 140., gibt aber wenig Aufschluß.

50) Cod. Gotting. I. liest videtur. Geb. hat keine Variante.

51) So Hal.; Flor. adiciam, eben so Cod. Gott. I.; Vulg. addicam.

52) So auch Cod. Gott. I.; noxae dedere Cod. Gott. II. auch bey Geb. als Variante, woselbst noch aut noxae dedere jubebo, und Hal.s ut noxam dedere liceat bemerkt sind.

— — dicetur, [53]) aut noxae dedi jubebo [54]).

L. 21. §. 2. de N. A.

— — vel judicium dabo sine noxae deditione.

L. 1. pr. de publ. (39. 4).

— — In dominos sine noxae deditione judicium dabo. —

Justinian sagt in §. 1. I. de off. jud. (4. 17).

Ideoque si noxali judicio addictus est, observare debet, ut si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare: Publium Maevium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere. —

Unzähligemal wiederholen sich die Ausdrücke detracta noxae deditione oder cum noxae deditione agere, und es wird mit der größten Genauigkeit untersucht, wann die Klage auf die eine oder andere Weise einzurichten sey. So z. B. Paulus in L. 4. §. 3. de N. A.

Si detracta noxae deditione, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat con-

---

53) Vulg. inscr. „aut aestimationem dari. Mehr bemerkt Geb. nicht. Cod. Gott I." aut extimationem dari; C. Gott. II. „aut decem dari."

4) Cod. Gott. II. jubeo; mit neuerer Hand ist b darüber geschrieben.

scius, absolutione facta, et finito judicio, amplius agendo cum noxae deditione, exceptione rei judicatae summovebitur: quia res in superius judicium deducta et finita est. Donec autem prius judicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque, sic cum eo, qui scit, cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditione danda actio non est. —

Vrgl. L. 5. pr. eod. L. 4. §. 2. L. 21. pr. §. ult. L. 22. §. 4. L. 26. §. 5. L. 39. pr. de N. A. L. 1. §. 4. si quadr. —

Paul. sent. 1. 15. 1.

In dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupedem dedat.

In L. 42. pr. de furt. heißt es von einem servus als Schiffsrheder, wegen dessen, was auf dem Schiffe zu Grunde ginge, vulgaris formula in dominum danda est, ut, quod alter admisit, duntaxat de peculio: quod ipse exercitor, adiciatur, ut noxae dederet [54]).

---

54) Vulg. et Hal. adjiciatur, aut noxae dedere.

§. 48.

Die Gegner behaupten dem allem zum Trotze, die Klage oder auch das Urtheil gehe nur auf litis aestimatio, die noxae datio sey, wie man sich ausdrückt, in obligatione, d. h. auch ohne daß Klage oder Urtheil davon spreche, könne sie gewählt werden. Man beruft sich allein auf L. 6. §. 1. de re judic. (42. 1), welche hier zu erklären ist.

Ulpian [55]) Lib. 66. ad Ed.

Decem aut noxae dedere condemnatus, judicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. At is, qui stipulatus est decem, aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula [56]) per se veniunt, eaque singula separatim stipulari non possimus: at judicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo judicati in [57]) decem agitur: his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.

---

55) Hal. Paulus. Vulg. Modestinus.

56) Vulg. singulae partes.

57) Der Flor. fehlt das in.

Die ersten Worte sagen ganz klar: das Urtheil ist alternativ, die actio judicati, d. h. die auf Erfüllung des schon gefällten Urtheils, mithin schon vollendeten Prozesses, gerichtete Klage [58]) gehe auf decem. Von der wirklichen Klage, die dem Urtheile voranging, spricht das ganze Gesetz auch nicht mit einer Sylbe, für diese ist also die Sache mit dem vorherg. §. 47 ausgemacht. Auch Cujacius [59]) führt dieses Gesetz zum Beweise an, daß man klagen könne „aut noxam sarcire, i. e. litis aestimationem praestare, aut noxam dedere," fährt aber dennoch fort: die condemnatio gehe in aestimationem, wovon man jedoch durch noxae datio frey werde. Ulpian soll nämlich in dem Folgenden, besonders durch das: his solis condemnatur, sein ausdrückliches Nein wieder restringirt haben. Allein es ist kein Widerspruch anzunehmen. Im Anfange heißt es, der alternativ Condemnirte könne actione judicati auf die litis aestimatio allein belangt werden; denn die gesetzlich begründete Freyheit der noxae datio werde ihm dadurch nicht abgeschnitten. Der Gegensatz erklärt es. Wer sich 10 oder noxae datio hat verspre-

---

58) L. 1. §. 5. L. 7. L. 15. §. ult. L. 27. 29. 44. eod.

59) Ad Tit. de re jud. l. c. (Opp. T. 10. p. 1210), ad Tit. de dolo, in L. 9. §. 3. (Opp. T. 1. p. 979, 980), in Institt. L. 4. c. 8. (Opp. T. 8. p. 1121). Observ. 13. 9. (Opp. T. 3. p. 365).

chen lassen, würde mit der alleinigen Forderung von 10 eine pluris petitio begehn. Hier kann also dies nicht geschehn (non potest 10 petere), weil es hier eben so denkbar ist, daß man sich singula separatim hat stipuliren lassen, wie alternativ: nicht so bey einer Klage, deren Fundament das Verbrechen eines Sklaven ist; denn war hier der Proceß als eine Noxalsache einmal eingeleitet und entschieden, so mag die auf Erfüllung des alternativ gegebenen Urtheils gerichtete Klage auch nur von litis aestimatio sprechen, die dennoch selbst bey der Zahlung mögliche Wahl der noxae datio versteht sich schon ex lege, weil es der Natur eines noxale judicium widerspräche, daß wie bey Stipulationen nur aestimatio allein gewählt werden dürfe, ein nox. jud. würde aufhören ein solches zu seyn [60]), während eine Stipulation in beyden Fällen Stipulation bleibt. — Aber umgekehrt, nur auf noxae datio (wohl aber alternativ) kann die A. judicati nie angestellt werden, ein Streit um bloße noxae datio wäre ein Unding (nullum est), denn sie fließt immer aus der Zahlungsunfähigkeit des Sklaven, ist mithin eine Folge der pecuniaria condemnatio, welche wahrhaftes Object des Anspruchs ist, aber von Seiten des Beklagten nicht voll gegeben zu werden braucht, weshalb man die a. judic. auf 10 (oder alternativ) nie aber nur auf noxae datio anstellen kann; denn eigentlich war sogar

60) Vrgl. §. 75 folgg.

aestimatio allein Gegenstand des Urtheils (his solis condemnatur) und die noxae datio mußte nur deshalb damit verbunden werden, weil es anzuerkennen ist, daß die Zahlung auch auf diese gesetzlich begründete Weise (nämlich von Seiten des Sklaven, der nicht anders kann) geschehen darf. Ulpian wollte also sagen: eigentlicher Character der Forderung, folglich auch des Urtheils, ist das Ganze, in der Zahlungsart liegt erst die noxae datio (was jedoch das Urtheil anzuerkennen hat). — Nur diese Erklärung hebt auch den Widerspruch der letzten Worte mit dem Anfange. — Richtig bemerkt Duaren [61]), die gewöhnliche Formel des Urtheils gehe auf decem aut noxae dare; da aber die actio judicati nur (?) auf decem gehe, so schiene dieser Zusatz declarationis causa beygefügt zu seyn.

Noch erwähnt er, daß daraus, daß man das Geld wegen des Sklaven schulde, sich auch erkläre, warum mit dem Tode des Sklaven alle Verbindlichkeit aufhöre, während bey wirklich alternativen Verbindlichkeiten der casuelle Untergang des einen nicht von der Leistung des andern befreyt [62]). Indessen ist dies eine consequente Folge davon, daß nicht der Herr, sondern der Sklave schuldig ist, weshalb denn die Wichtigkeit obiger Untersuchung

---

61) Ad l. 6. Tit. de re jud. p. m. 670.

62) L. 8. §. 8. de fidej. (46. 1), L. 34. §. 6. de contr. empt. (18. 1).

darin besteht, den Geist und das Wesen dieser Lehre zu begreifen. —

§. 49.

Sind die Noxalklagen arbitrair?

Auch diese Frage hängt noch mit der Form der Klagen zusammen. Daß unsre Klagen zu den actionibus arbitrariis des röm. Rechts zu zählen seyen, war lange die herrschende Meinung [63]), und zwar wegen §. 31. J. de actionib. (4. 6).

> Praeterea quasdam actiones arbitrarias, i. e. ex arbitrio judicis pendentes, appellamus: in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat: veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat, rel.

Aber schon Duaren [64]), einer der ersten, welcher die falschen Ansichten über actiones arbitrariae überhaupt angriff, bemerkt in Bezug auf die Noxalklagen ins-

---

63) S. z. B. Glossa in §. 31. I. de act. Bartolus in L. un. Cod. ubi conv. qui certo loco. Otto Tabor vol. I. p. 908. nr. 40. Eb. Otto ad I. §. cit. — Eine Ausnahme bey der a. furti n. macht Mendoza ad l. Aq. Lib. 1. c. 5. sect. 5.

64) Comm. in Tit. de in lit. jur. nr. 36 — 48. p. 223 — 225.

besondere „et sane ineptissima semper haec quaestio mihi visa est, an actiones noxales sint arbitrariae.“ Denn die Noxalklagen haben in sich keine besondere Selbstständigkeit, sondern sind die Hauptklagen selbst, auf den Fall da ein Sklave Thäter ist. Arbitrair sind aber diejenigen, vom Gesetz bestimmt bezeichneten Klagen, bey denen der Richter vor der Verurtheilung erst, gleichsam als Vermittler [65]), Rückgabe, Zahlung oder sonstige Abfindung auferlegen muß, damit es dem Beklagten frey stehe, durch Befriedigung des Klägers ohne weitere Untersuchung Absolution zu erlangen; während im entgegengesetzten Falle der Richter nun erst zu Untersuchung und Urtheil verschreitet, und die Folge, welcher der Beklagte vorher durch die genannten Leistungen hätte entgehen können, ist nun eine höhere Verurtheilung, je nach Lage der Sache auf Strafe, wie bey der actio quod metus causa auf das Vierfache, oder bey der a. de dolo: Infamie [66]); oder auf ein jetzt von Seiten des Klägers durch juramentum in litem (nach billiger Ermäßigung) zu bestimmendes Interesse, wie dies bey dinglichen Klagen und der actio ad exhibendum

---

65) „Nisi interventione ac jussu judicis (μεσιτείᾳ καὶ τῇ κελεύσει) reus restituat“ etc. Theophil. ad §. 31. cit.

66) §. 27. 31. I. de act. ibiq. Theoph. L. 14. §. 1. quod met. caus. (4. 2), L. 18. pr. de dolo (4. 3).

eintreten kann 67). Bey den Noxalklagen nahm man an, ihr Character als actt. arbitrariae läge in der Wahl zwischen aestimatio oder noxae datio; allein das Urtheil konnte eine solche Wahl nicht abschneiden, und es ist eine gradezu aus der Luft gegriffene Behauptung, daß der Richter den Beklagten vor der Verurtheilung gefragt habe, wozu er sich entschließen wolle 68). Aber nichts ist einfacher als das wahre Verhältniß. Noxalklagen sind an sich nicht arbitrair, aber arbitraire Klagen aus Delicten können eben so gut noxale seyn, z. B. a. quod met. causa oder de dolo noxalis, und wie der Freye durch Befriedigung des Klägers der Condemnation entgehn kann, so kann es auch der Herr im Namen des Sklaven, wenn er diesen selbst abtritt, denn das ist die dem Sklaven mögliche Restitution,

---

67) Legg. citt. §. 32. I. eod. L. 2. pr. L. 3. 4. §. 1. L. 8. 10. de eo quod certo (13. 4). L. 16. §. 1. de pec. const. (13. 5). L. un. C. ubi conv. qui certo (3. 8). L. 16. §. 3. de pignorib. (20. 1). L. 46. 47. 48. de R. V. (6. 1). L. 3. §. 2. L. 5. 8. de in lit. jur. (12. 3). L. ult. de fidejuss. (46. 1); zum Theil Duaren l. c. Cujac. in lib. 11. Pauli ad Ed. ad l. 18. de dolo (Opp. T. 5. p. 148), in lib. 13. eod. ad l. 4. nautae (Opp. T. 5. p. 197), in Lib. 76. eod. ad l. ult. de fidej. (T. 5. p. 870). Controv. Roberti L. 2. c. 4. 5. (Opp. T. 10. p. 154-156). Ad Lib. 42. T. 1. D. l. 19. (Opp. T. 10. p. 1231).

68) Vergl. Duaren, p. 223.

welche Befriedigungsart unter den andern von Justinian mit aufgezählt wurde [69].

Bey der a. q. met. caus. muß man nur bemerken, daß hier auch der Herr haftet, wenn er im Besitze des durch des Sklaven Delict erlangten Gegenstandes ist, und, in eignem Namen deshalb belangt, durch Weigerung der Herausgabe sich die Verurtheilung aufs Vierfache ebenfalls zuzieht. Zahlt er dieses, oder hatte er restituirt so ist er nun auch von der Noxalklage frey, wiewohl er umgekehrt, wenn er noxaliter belangt den Sklaven herausgibt, doch wegen des besessenen Objects zu dessen Restitution (und zur Strafe im Fall der Verweigerung) verhaftet bleibt [70].

---

69) S. auch Vinnius ad §. 31. I. de actt. nr. 6.

70) L. 16. §. 1. quod met. caus. mit L. 4. init. C. de N. A. (3. 41).

Siebentes Capitel.

Gegen wen und unter welchen Bedingungen findet Noxalklage statt?

§. 50.

Die Noxalklagen gehn gegen den Eigenthümer, ob aber auch gegen den bonae fidei possessor, ist jetzt zu untersuchen.

L. 27. §. 3. ad leg. Aq. Ulpian Lib. 18. ad Ed.

Servi autem occidentis nomine dominus tenetur: is vero cui bona fide servit, non tenetur. Sed an is qui servum in fuga habet, teneatur nomine ejus Aquiliae actione quaeritur? et est verissimum, cui [70]) et Marcellus consentit.

70) Flor. liest cum, und läßt zugleich das et vor est weg.

L. 11. de N. A. Ulpian libr. 7. ad Ed.

Bona fide servi possessor ejus nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur, sed noxae dedendo non facit quidem actoris. Cum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur, vel officio judicis consequetur, ut indemnis maneat.

Cujacius [71]) will diese Stellen durch die an sich richtige Bemerkung vereinigen, daß vom dominus Uebertragung wirklichen Eigenthums, vom bonae fidei possessor nur Cession dessen was er hat, verlangt werden kann, wie schon aus den Schlußworten der L. 11. sich ergibt. Allein L. 27. sagt nicht, der bonae fidei possessor könne kein Eigenthum übertragen; sondern könne gar nicht belangt werden, und L. 11. nicht, wie Cujac ferner behauptet, „ut electo bonae fidei possessore non teneatur dominus," obgleich auch dies an sich (nämlich nach geschehener Einlassung) wahr ist, sondern der dominus hafte überhaupt nicht, sobald ein b. f. possessor belangt werden kann. Die zum Beweise, daß die aquil. Noxalklage gegen den b. f. possessor gehe, angeführte L. 8. de interr. (11. 1) redet, wie schon Men-

---

71) Ad Afric. Fr. 6. ad l. 28. de N. A. (Opp. T. 1. p. 1326). Tit. C. de furt. L. 21. (Opp. T. 9. p. 627).

doza [72]) bemerkt, nicht davon, vielmehr von demjenigen, welcher seines falschen Geständnisses halber verantwortlich ist, also der Lüge wegen so behandelt wird, als sey er dominus (§. 84. folg.). Mendoza selbst bekennt sich daher zu der schon in der Glosse [73]) bemerkten, und von den Meisten [74]) angenommenen Meinung, es sey eine Singularität der aquil. Noxalklage, daß sie nur gegen den dominus gebe. Allein man übersieht, daß wir dann zwey Singularitäten, nämlich auch der actio furti noxalis bekämen, denn grade wie dort nicht der b. f. possessor, so soll hier nicht der dominus belangt werden. Da wäre denn freylich allen Schwierigkeiten mit großer Leichtigkeit abgeholfen. Allein fordert man Beweise oder Gründe, so wird für jene erste und allein behauptete Singularität durchaus nichts beygebracht. Dagegen grade die zweyte, daß gegen den Eigenthümer keine actio furti noxalis gebe, wenn ein b. f. possessor [ja selbst wenn ein malae fidei possessor [75])] belangt werden kann, läßt sich allerdings darthun.

---

72) Ad leg. Aq. L. 1. cap. 5. sect. 5.

73) Glossa in L. 27. §. 3. cit.

74) A. Faber ration. ad L. 27. cit. Schulting ad Paul. II. T. 33. §. 37, dieser jedoch zweifelnd: nec ego hic certi aliquid habeo" etc.

76) L. 13. de N. A.

§. 51.

Die Ursache liegt darin, daß man eine alte römische Rechtsregel, welche nach L. 21. C. de furt. (6. 2) dahin ging — „daß niemand actione furti wegen desselben Sklaven verklagt werden und zugleich klagen könne“ 76) — bey der Beantwortung der alten Frage zur Anwendung brachte, nämlich ob man dem bonae fidei possessor eines Sklaven des Letztern wegen eine a. furti noxalis gegen den Eigenthümer geben wolle, oder umgekehrt (nicht allein diese verweigern, sondern) sogar gegen ihn (von Fremden oder vom dominus selbst) eine solche zulassen wolle.“

Justinianus A. Juliano P.P.

„Apud antiquos quaerebatur, si servus quem aliquis bona fide possideat 77) furtum commiserit alienarum rerum, vel ipsius apud quem constitutus est: an ipse, qui eum bona fide de-

---

76) Diese sehr natürliche und für alle Noxalklagen allgemeine Regel, L. 14. §. 3. de serv. corr. (11. 3). L. 17. §. 9. de injur. (47. 10), Cujac. in Salv. Julian. Lib. 2. ad l. 41. (Opp. T. 6. p. 483), Wissenbach in Cod. ad leg. 21. cit.), wird unten bey Gelegenheit der gegenseitigen Klagen der socii näher erörtert werden.

77) And. possidebat.

tinet, noxalem furti actionem adversus verum dominum habeat, vel ipse ab eo, qui furtum passus est, praedicta conveniatur actione. Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est, hujus hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere quis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens: quidam ita eam per conjecturam interpretati sunt, adversus bonae fidei quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi: ipsi autem, si furtum fuerit passus, adversus verum dominum furti actionem noxalem recte decerni. Tunc autem bonae fidei possessorem furti nomine, quod passus est, noxalem actionem contra dominum habere posse, quando servus sub domini sui fuerit constitutus possessione: et pro his rebus posse eum adversus dominum habere actionem, non solum quas servus subtraxit jam apud eum constitutus, sed et quas furatus est, quando fugit quidem a bonae fidei possessore, adhuc autem nondum sub manibus domini sui fuerat constitutus. Quam interpretationem prisca quidem jura per conjecturam introducebant, nos autem altius, et verius ad eam respicientes, generalem regulam sic ab initio esse prolatam [78]) accipi-

78) And. probatam.

mus. Cum bonae fidei possessor domini cogitatione furem possidet: merito, donec apud eum constitutus est, et aliis tenetur noxali actione, si extranei furtum a servo fuerint passi, et ipse adversus verum dominum non habet actionem secundum regulam dicentem: Qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest. Sin autem desinat in servi retentione [79]), et ille apud verum dominum fuerit inventus: tunc ipse quidem noxali furti actione minime potest teneri: adversus autem verum dominum habet ipse furti noxalem actionem, pro rebus quas vel tunc [80]) furatus est, cum est apud verum dominum, vel antea postquam bonae fidei possessoris retentionem excessit, necdum apud verum dominum factus est. Sic iterum regulae generali casus evenit consentaneus. Qui enim habet tunc furti actionem adversus dominum, ipse aliis teneri furti actione non potest, et sic ex tempore omnibus discretis, vetustissima dubitatio nostro foedere conquiescat, et bonae fidei possessor in parte certa temporis habeat actio-

---

79) Al. D. detentione.

80) Cod. G. nunc.

nem, et non teneatur actione, et ipse dominus in alio tempore non teneatur actione, et in alio sub actione constituatur. —

Mit dem zuerst erwähnten Hauptgrundsatze also waren die Partheyen vor Justinian sowohl als er selbst einverstanden. In der Anwendung aber auf den bonae fidei possessor gegenüber dem dominus lag der Dissens. Die Frage geht bis zu „conveniatur actione;" nämlich ob der b. f. possessor eine Noxalklage gegen den Eigenthümer habe (folglich desselben Sklaven wegen nicht verklagt werden könne), oder umgekehrt, selbst belangt werden könne (mithin auch gegen den Eigenthümer nicht klagen dürfe)? Nun folgt die alte Regel selbst, welche man für die Beantwortung zu Hülfe genommen hat; und von quidam an bis constitutus folgt die Meinung der andern Parthey, welche nämlich nur den dominus und zwar unbedingt gegen Dritte, folglich auch gegen den b. f. possessor verantwortlich macht, diesen also befreyt. Eigentlich schließt dies schon mit „decerni," denn von hier an wird nur auseinandergesetzt, in wie fern der b. f. possessor selbst die a. f. nox. gegen den dominus anstellen dürfe. Die nun durch den Gegensatz von selbst hervorgehende Meinung der andern Parthey erzählt Justinian nicht weiter, zumal sie durch des Kaisers Mitteltheorie ohnehin klar wird. Sie geht nämlich dahin „daß nur der b. f. possessor, nicht der dominus, im Falle der Collision,

mit der a. furti n. belangt werden, also auch jener gegen diesen nicht klagen könne." Diese letzte Theorie trägt nun der Kaiser in seiner Decision zuerst vor, mit der hinzugefügten Limitation, daß der b. f. possessor auch noch fort retiniren müsse [81]); so daß also mit aufhörender Retention die erste Theorie eintritt, und der Eigenthümer nach wieder erlangtem Besitze auch für das einstehn muß, was der Sklave in dieser Zwischenzeit etwa gestohlen hat, worauf selbst der nun befreyte b. f possessor die Klage anstellen kann.

§. 52.

Jene zweyte Theorie ist nun diejenige, zu welcher sich Ulpian bekannt hatte, wie wir aus L. 17. §. 3. de furtis (47. 2) [82]) ersehn, welche seinem 39ten Buche zu

81) Dies beweist auch, was nachher auszuführen ist, daß man in der Regel nicht zu detiniren brauchte, um mit der Noxalklage belangt werden zu können. — Uebrigens wurde grade bey dem fugitivus der Besitz ausnahmsweise als fortdauernd betrachtet. Savigny Besitz, S. 295. Note 1. S. 236. Note 1.

82) Illud quaesitum est, si, cum in fuga esset servus, furtum domino fecisset, an aeque posset habere (furti Vulg.) actionem adversus eum, qui in potestatem domini non regressum bona fide possidere coeperit? Movet quaestionem, quod quamvis possidere servum eo tempore, quo in fuga est, videor, attamen furti

Sabinus entlehnt ist. Es wird die Frage aufgeworfen, ob der vom fugitivus bestohlene Eigenthümer die Noxalklage gegen den b. f. possessor habe? Die Antwort ist, da der Eigenthümer deshalb auch von andern nicht mit der a. furti belangt werden könne (indem der Besitz am fugitivus nur ein zum Zwecke der Usucapion fingirter ist); so habe Pomponius Recht, wenn er dem dominus selbst hier eine a furti nox. gegen den b. f. possessor gestattet.

Nach Ulpians Ansicht kann also in der Collision nicht der Eigenthümer, folglich nur der b. f. possessor (ja dieser sogar vom Eigenthümer selbst) mit der a. f. nox. belangt werden; und dieser Ulpian ist es, welcher in L. 11. D. cit. sagt: „bona fide servi possessor ejus nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur."

Von diesen besonderen Grundsätzen beym furtum, besonders eines fugitivi, dürfen wir um so weniger eine Ausdehnung auf die übrigen Noxalklagen statuiren, als uns deren Grund durchaus unbekannt ist, (s. §. 56. folg.). Wird mithin in L. 27. §. 3. ad l. Aq. von den a. legis

---

actione non teneor: quasi non sit in mea potestate: quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Julianus scribit. Dicit igitur Pomponius libro septimo decimo ex Sabino competere furti actionem huic domino, cujus servus in fuga fuit. Vrgl. auch Paulus II. 31. §. ult.

Aq. noxalis gradezu gesagt: „dominus tenetur, is vero cui bona fide (servus) servit, non tenetur [82a]); so sind wir nicht berechtigt, hier eine Singularität anzunehmen, besonders da auch bey der a. furti n. Eine Parthey dasselbe behauptete. —

Also in der Collision zwischen dominus und b. f. possessor kann in der Regel nur der erste belangt werden, welchem natürlich derjenige gleich zu achten ist, welcher sich selbst für den dominus hält [83]). Der dominus wird auch regelmäßig überall als Beklagter genannt, und ohne erwiesene Ausnahme ist das Gegentheil nicht zu behaupten. Wo mithin ganz allgemein von einer Noxalklage

82 a) Eine Erklärung der Glosse geht dahin: „non possidebat cum conveniebatur" d. h. dann war er kein b. f. possessor mehr. Diese Erklärung hat auch der Scholiast der Basiliken (L. 60. T. 3), man müsse annehmen, daß der servus occisor dem b. f. possessor wieder entlaufen war. Dieses in den Text hinein zu interpretiren ist gewiß höchst willkührlich, daher sucht ein anderer durch Emendation zu diesem Resultate zu gelangen, nämlich Fr. Raguelli (Comm. ad Constitutt. et Decisionn. Justin. quae XII libr. Cod. cont; Paris. 1610) will statt servit lesen serviit. Allein abgesehen davon, daß durch alle diese Versuche grade die richtige Theorie verdrängt wird, sieht jeder sogleich, wie frostig dann der ganze Zusatz wäre.

83) L. 22. §. 1. de N. A. — Voet Tit. de N. A. § 6 bemerkt: „Bonae fidei possessor durante bona fide pro domino est, nec verus dominus quaeri per eos, qui hunc dominum esse arbitrantur." Vrgl. unten §. 56 bis 58.

gegen den b. f. possessor gesprochen wird, so versteht es sich, daß dabey nur die Fälle gemeint sind, wo dies überhaupt anging, also da, wo der b. f. possessor wirklich der Eigenthümer zu seyn scheint (dominus putativus), oder auch im Collisionsfalle (wo er nur ein dominus fictus ist) bey der a. furti noxalis [84]); und davon ist die L. 28. de N. A. zu verstehn, welche ganz allgemein bemerkt: „sobald ein b. f. possessor noxaliter belangt, den Sklaven noxae gegeben hat, so“ u. s. w. (s. §. 68). Es beweist also auch dieses Gesetz nichts für die (nur mit Ausnahme der aq. Kl.) bisher, so viel ich weiß, unbestrittene Meinung, daß auch der b. f. possessor unbedingt noxaliter belangt werden könne.

§. 53.

Es soll aber L. 27. §. 3. ad l. Aq. noch eine zweyte Singularität enthalten, was uns zugleich auf das andere Requisit der Noxalklagen, Möglichkeit des Herbeyschaffens, führt. In potestate habere, facultatem repetendi

84) Der Unterschied zwischen der a. furti im Gegensatze der übrigen Klagen, namentlich der a. legis Aquil., scheint in L. 27. cit. selbst ausgesprochen zu seyn; das pr. spricht vom servus subripiens und occidens, der §. 3. beginnt: servi autem occidentis nomine, — während alles Frühere auch auf das furtum paßte. Für den Diebstahl wird übrigens die Sache nicht weiter ausgeführt, weil es nicht zur gegenwärtigen Untersuchung gehörte.

habere fordern nämlich die Römer, und bestimmen es in L. 22. pr. §. 1. 2. de N. A. dahin, daß die potestas auch dann noch existire, wenn der Eigenthümer den Sklaven in depositum gegeben, verpfändet habe, kurz, sofern er ihn immer wieder zurück erhalten kann, also sogar im letzteren Falle dann, wenn er so viel im Vermögen habe, daß er das Pfand ohne Beschwerlichkeit auszulösen im Stande sey; daher bey dem fugitivus, wo ebenfalls, wie bey dem Pfandgläubiger [85]), Besitz zum Zwecke der Usucapion fingirt wird, dennoch keine potestas angenommen wird, weil es hier an der facultas recuperandi fehlt [86]). — Glaubt man aber nun, daß gegen denjenigen, welchem die hier beschriebene potestas am Sklaven mangelt, gar nicht noxaliter geklagt werden könne, wie dies meistens wegen der hier erwähnten Stellen, so wie wegen L. 7. L. 21. pr. L. 42. §. ult. de N. A. §. 5. I. eod. L. 16. de interr. (11. 1) behauptet wird [87]); so stände

---

85) Savigny Besitz, §. 24.

86) L. 17. Nota 82. cit. — Paulus, II. 31. §. ult. Servus qui in fuga est, a domino quidem possidetur, sed dominus furti actione ejus nomine non tenetur: quia in potestate eum non habet. L. 21. §. 3. D. de N. A. In potestate sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi ejus habeat, ceterum si in fuga sit, vel peregre, non videbitur esse in potestate. Dazu L. 5. §. ult. ad exhib. (10. 4), und ob. Note 81. a. E.

87) Mendoza Note 72., Faber Note 74 cit. und beson-

damit allerdings die L. 27. §. 3. ad l. Aq. in directem Widerspruche. Cujacius [88]) unterscheidet, ob ein Dritter den fugitivus besitze, davon rede L. 27. §. 3. — oder niemand, davon die übrigen Gesetze. Denn im ersten Falle habe man grade die facultas recuperandi von dem Besitzer, werde aber darauf belangt, daß man den Sklaven zurückfordre oder seine Klage abtrete. Allein

1) Kann der Ausdruck qui servum in fuga habet ohne Willkühr wenigstens nicht so interpretirt werden, daß es den Fall, da niemand den Sklaven besitzt, ausschlöße, wie ihn denn schon die Scholien der Basiliken [89]) grade umgekehrt von diesem Falle ausschließlich verstehen, was auch die Note 86. angef. Stellen sehr wahrscheinlich machen.

2) Läßt sich nicht einsehen, warum nicht auch da, wo niemand den Sklaven besitzt, darauf geklagt werden könne, daß man den Sklaven wenigstens nach Recuperation vertreten oder seine Rechte jetzt abtreten wolle (s. unten §. 54. 59).

3) Wird grade in dem Falle, wo ein dritter Besitzer belangt werden kann, und also nach Cujacius alle No-

---

ders Pothier, Pand. Just. T. 1. ad T. de N. A. Art. II. nr. X. seqq.

88) Note 71 cit. und bey Schulting ad Paul. II. 32. §. 37.

89) L. 60. T. 5. C. 11.

zalklagen statt haben, wenigstens die a. furti, wie wir bisher gesehen haben, versagt.

Bey der a. furti fanden wir aber bisher den singulären Grundsatz, daß nicht sowohl das Eigenthum (wenigstens nach den Ansichten der Parthey, die uns die Dig. überlieferten) als der Besitz über die Person dessen entscheide, von dem man die Vertretung des Sklaven fordern könne, und Justinians Distinctionen suchten dies noch strenger und genauer zu bestimmen, so daß es diesem Grundsatze vollkommen gemäß ist, wegen mangelnder potestas auch bey einem fugitivus, so lange ihn niemand besitzt, nicht einmal eine Klage (eine actio furti nox.) zu gestatten, wie die Note 86. citirten Stellen ausdrücklich sagen.

§. 54.

Auf alle Noxalklagen darf und kann aber auch hier wieder nicht geschlossen werden, da schon die Natur der Sache das Gegentheil fordert, dort aber ein singuläres Princip erwiesen ist. Herauszugeben vermag den Sklaven allerdings nicht, wer ihn nicht hat, wohl aber als natürlicher Vertheidiger seines Eigenthums ihn vertreten, wenn er ihn auch im Augenblicke nicht besitzt. Verweigert also der Eigenthümer (was er immer darf) die Defension, so ist nichts natürlicher, als daß er dann, wie im Fall des Besitzes den Sklaven selbst, so hier seine Rechte daran cedirt. Nun zu den Gesetzen.

L. 29. de N. A. Gajus libr. 6. ad Ed. prov.

Non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale judicium (also konnte doch eine Klage gegen ihn angestellt werden), verum etiam habenti [90]) in potestate liberum est, evitare judicium, si indefensam eam personam relinquat, sed huic necesse est, jus suum ad actorem transferre.

Damit aber diese Cession vollständig sey, muß er zugleich caviren, daß er den Sklaven herausgeben wolle, sobald er dazu im Stande ist. Dies war schon §. 39. vorgekommen, wo entwickelt wurde, daß an die Stelle der Cession des Sklaven die Caution dafür trete, und dies muß natürlich gelten, sowohl wenn man die Litiscontestation weigert, als wenn man nach durchgeführtem Proceß verurtheilt ist (und nicht aestimatio vorzieht). Bey dem Abwesenden kann man aber ohne die Einlassung zu weigern durch cautio de judicio sisti Aufschub erhalten.

Hier ist noch anzuführen L. 6. §. ult. ad exh. (10. 4).

---

90) Brissonius de formul. Lib. 5. cap. 63, welcher ebenfalls die gewöhnliche Meinung vertheidigt, führt dieses Gesetz so an, als könne deshalb, weil man nicht in potestate habe, das judicium recusirt werden, verschweigt aber, daß dies auch der darf, welcher wirklich in der Gewalt hat.

Ulp. libr. 24. ad Ed.

Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur: ut puta, si in fuga servus sit, ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem ejus pervenerit: sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei, ubi velit morari, idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit, vel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas.

Daß das, was hier zunächst in Bezug auf die a. ad exhibendum gesagt ist, allgemein für jede Klage gelte, womit Herausgabe gefordert wird, läßt sich mit Grund nicht läugnen. Daß es für unsre Noxalklagen (versteht sich, immer im Falle verweigerter aestimatio) wahr sey, erweist sich leicht. Dem in fuga esse wird nämlich nicht allein hier, sondern auch in L. 21. §. 3. de N. A. (Note 86) das: auf Reisen, überhaupt das abwesend Seyn in Rücksicht auf die mangelnde potestas gleich gesetzt, sogar mit demselben Ausdrucke „peregre;“ und dennoch haben wir oben (§. 39) aus L. 2. §. 1. si ex nox. caus. ersehen, daß grade hier die Caution vorkömmt, so wie, daß Vertheidigung der Abwesenden Regel war. Richtig bemerkt daher schon Accurs [91]) vom dominus

---

91) Glossa in L. 21. §. 3. de N. A.

fugitivi und absentis: „tenetur tamen ut caveat“, macht aber dennoch eine ganz leere Unterscheidung zwischen facile oder non facile apprehendere. Aber wo liegt nun das Singuläre, wenn L. 27. §. 3. ganz allgemein vom dominus fugitivi sagt: tenetur? Hätte die Glosse auch hier bemerkt: „wenn nicht auf Herausgabe, doch auf Caution,“ so wäre es gewiß richtiger gewesen, als ihr „speciale est in l. Aq.“

§. 55.

Was aber nun die für die Meinung, daß bey mangelnder potestas gar keine Klage statt fände, beygebrachten Gesetze (§. 53) betrifft, so fallen diejenigen weg, welche vom furtum [92]) sprechen, indem ich damit übereinstimme. Die L. 21. §. 3. de N. A. ist schon dagegen benutzt worden, erklärt auch nur, was das heißt: in potestate habere, indem der vorhergehende §. 2. die Strafe gegen denjenigen bestimmte, der dies fälschlich abläugnete, um so der wirklichen Herausgabe zu entgeben, und freylich hernach die Caution zu vereiteln; daß sie selbst aber ihm erlassen werde, steht hier nicht, vielmehr wird

92) Bey Vergleichung der in den Lombardischen quaestionibus ac monitis benutzten Stellen des R. Rechts, scheint auch Savigny Geschichte des R. Rechts ꝛc. B. 2. S. 235. Note 94. ganz allgemein die Klage zu versagen. Die angeführte Stelle selbst spricht nur vom furtum.

sogleich in §. 4 das defendere absentis dem exhibere des Gegenwärtigen entgegengesetzt. Auch das pr. geht nur auf diesen letzten Fall und auf das dolose Verhindern der Herausgabe. Davon und vom böslichen Läugnen handelt L. 17. de interr. (11. 1), weil darauf immer die Strafe der actio in solidum steht, was auch in L. 1. §. 15. si quadr. gesagt ist (s. §. 84. folg.). Die L. 22. pr. §. 1. 2. erklärt, wie und daß man auch durch Stellvertreter in potestate haben könne, daß aber diese Stellvertreter selbst nicht belangt werden könnten, weil sie gar nicht opinione domini besäßen; die letzten §en sprechen blos vom Proceßgange beym Gestehen oder Läugnen. Die L. 7. L. 42. §. ult. D., §. 5. I. de N. A. sind nur Exposition und Anwendung des Satzes: noxa caput sequitur, sagen also nur, daß die Klage immer gegen den Eigenthümer gehe. Ebenfalls vom Eigenthum redet endlich L. 16. pr. de interr. (11. 1), welche gegen den keine Noxalklage zulassen will, der einen vom Feinde Gefangenen fälschlich in jure für den Seinigen ausgab. Eine falsa confessio in jure schadet nämlich nur insofern, als überhaupt eine Klage möglich war. Gibt sich also jemand für einen Eigenthümer aus, so wird die Noxalklage auf ihn nur dann übertragen, wenn ein wirklicher Eigenthümer da war [93]), welches grade, so lange die feindliche Gefangenschaft dauerte, fehlte, und selbst die Rücksicht auf das

93) L. 14. pr. L. 15. §. 1. eod.

jus postliminii, dessen Realisirung ja problematisch ist, konnte die Ansicht, welche einstweilen kein Eigenthum annahm, nicht ändern. — Daß, wo nicht grade von noxae datio in Bezug auf Gegenwärtige oder Abwesende die Rede ist, der Ausdruck potestas beym Sklaven auch Eigenthum bezeichne, sagt Paulus in L. 215. de V. S. (50. 16).

> Potestatis verbo plura significantur — — in persona servi dominium. At cum agimus de noxae deditione cum eo, qui servum non defendit: praesentis corporis copiam facultatemque significamus. —

Wo also von diesem letzteren Verhältnisse nicht ex professo gehandelt wird, da kann man das Wort potestas in dem generelleren Sinne gebrauchen, indem bey fehlendem Eigenthum facultas dedendi ohnehin unmöglich ist.

§. 56.

Zur vollkommenen Erläuterung des Vorgetragenen muß ich noch Folgendes nachholen, was ich, um den Zusammenhang nicht zu zerreißen, nur kurz berührt hatte. Ich bemerkte nämlich, daß unter Fällen einer Collision zwischen b. f. possessor und dominus, und solchen, da man in ersterem den letzteren zu belangen glaubt, unterschieden werden müsse. Erst dadurch wird es begreiflich, wie die ganze Erörterung, ob auch der b. f. possessor belangt werden könne, so wie die Untersuchung in L. 21. C. cit.

überhaupt möglich war, so wie sich auch hieraus ergibt, daß der Grund der ausgeführten Singularität nicht nur unbekannt, sondern noch gar nicht aufgesucht worden ist, weil man jene Unterscheidung nicht beachtete.

Wenn die L. 27. §. 3. ad l. Aq. sagt, der Eigenthümer haftet, der b. f. possessor nicht, und die L. 11. de N. A. das Umgekehrte, so mußte ihr Verfasser (Ulpian) einen Fall vor Augen gehabt haben, wo man eben so gut an den Einen, wie an den andern sich wenden konnte. — Savigny [94]) hat darauf aufmerksam gemacht, daß der Ausdruck bonae fidei possessio nicht überall gleiche Bedeutung hat. Hier indessen kann von demjenigen, dessen bona fides nicht in der opinio domini, sondern in dem animus possidendi liegt, nicht die Rede seyn, da z. B. der Faustpfandgläubiger oder Precist als solche nie noxaliter belangt werden, licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident, L. 22. §. 2. de N. A. Auch wäre es willkührlich und unwahrscheinlich anzunehmen, daß Ulpian in L. 27. unter dem b. f. possessor nicht denjenigen verstehe, der in der Regel darunter verstanden wird, bis der Zusammenhang eine andere Bedeutung an die Hand gibt. — Auf der andern Seite heißt es von der a. furti nox. — dominus non tenetur, also mußte der zu Belangende: der fingirte, nicht einmal der vermeintliche Eigenthümer seyn, ja, weil

---

94) Besitz, S. 295.

der nicht besitzende dominus nicht belangt werden kann, so soll selbst der malae fidei possessor noxaliter die Diebstahlsklage sich gefallen lassen müssen [95]).

Warum nun aber von Einer Parthey diese Singularität bey der a. furti nox. angenommen wurde, ist allerdings sonderbar. Die Commentatoren des Codex, insofern sie die unpractische Constitution nicht ganz übergehn, nehmen gar keinen Anstand an der Sache. So z. B. Paul. Castrensis [96]) findet alles ganz natürlich: „nam actio noxalis non domino contra dominum datur; si possis conveniri noxali a Titio habereris pro domino, si possis agere contra me, habereris pro non domino, et ista sunt contraria.“ Desgleichen Giphanius [97]), weil der b. f. possessor als Kläger für non dominus, als Beklagter für dominus gelten würde. Sogar Cujacius [98]) raisonnirt auf dieselbe Weise, und stellt es dem Falle des condominiums gleich, wo ein socius gegen den andern nicht noxaliter klagen konnte, was auch hier Statt haben müsse, da der b. f. possessor vermöge Fiction als dominus gelte. Allein bey dem condominium konnten beyde socii elec-

95) L. 13. de N. A.

96) In Cod. (1550) T. 1. ad leg. cit.

97) Explan. leg. Cod. ad h. l.

98) In Tit. C. de furtis, ad h. l. (Opp. T. 9. p. 626 seq.).

tiv von dem extraneus mit der Noxalklage belangt werden (§. 61. folg.); und da ist es denn freylich wegen des non simul teneri et agere nox. actione natürlich, daß sie sich untereinander nicht auf diese Weise verklagen können. Allein das ist hier ganz anders, wo der Dritte sich nur an den b. f. possessor, oder nach einer andern Parthey nur an den dominus, nach Justinian an beyde aber in verschiedenen Fällen wenden konnten. Sobald man einmal annahm, daß nur gegen Einen von beyden geklagt werden kann, so war die Anwendung jener allgemeinen Regel allerdings sehr richtig, demjenigen, gegen welchen die Noxalklage ging, nicht selbst eine solche zu gestatten. Hätten die Römer also gesagt, jeder Bestohlene kann sich electiv an beyde wenden, sie unter einander haben, im Falle sie von dem Sklaven bestohlen würden, gar keine Noxalklage, (wohl andere Rechtsmittel: vindicatio, Retention rc. wie die socii die A. communi div. haben), so wäre dann die Gleichstellung wahr.

§. 57.

Es muß dagegen in dem Falle die Klage unbedingt gegen den b. f. possessor gehn, wenn man in ihm den Eigenthümer zu belangen glaubt, z. B. wenn dieser selbst sich für den rechtmäßigen Eigenthümer hält, und so die Noxalklage annimmt. Bey unsrer L. 21. C. aber fällt dieses weg, weil sie immer den Fall wirklicher Concurrenz

mit dem wahren Eigenthümer vor Augen hat [99]). Bey Berücksichtigung des Unterschieds, daß hier nicht statt, sondern neben dem dominus von einem b. f. possessor die Rede ist, wäre die Sache nicht so natürlich erschienen. — Und nun ist es doch klar, wie oben behauptet werden konnte, die Gesetze bestimmten die Folgen, welche die datio noxae von Seiten eines b. f. possessors hat, ohne den Satz zu bestätigen, daß man in jedem Falle auch gegen diesen klagen könne. Denn sobald auch nur der Eigenthümer belangt werden soll, so versteht sich doch von selbst, daß, wenn ein als solcher Belangte sich dafür haltend herausgiebt, nun kein Gesetz das zu ändern im Stande ist, sondern nur bestimmen kann und muß, was daraus im Verhältnisse zu dem etwa vindicirenden wahren Eigenthümer folge. Dies geschieht in L. 28. de N. A. auf die consequenteste Weise, nämlich daß der Empfänger gegen

---

99) Bekanntlich entsteht erst durch Litiscontestation, nicht durch bloßes Wissen des fremdem Eigenthums, eine mala fides bey demjenigen, dessen Besitz in gutem Glauben begonnen hat. Hieher gehört L. 25. §. ult. de usur. (22. 1). — Bonae fidei emptor — cognovit fundum alienum esse — bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intelligi debet: nam et servus alienus quem b. f. emero, tandiu mihi ex re mea, vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit. Die Fiction schützt nur gegen Dritte, wobey die Behauptung nicht auf wirkliches Eigenthum, sondern wenigstens auf besseres Recht gerichtet ist (A. Publiciana).

den wahren dominus retiniren dürfe, letzterem aber immer noch frey stehe, durch litis aestimatio den sonst doch zu verwirkenden Sklaven (Thier) auszulösen, während ersterer, wie jeder b. f. possessor, am Ende usucapiren könne (§. 65).

Wurde ein Freyer bona fide als Sklave besessen, so war es auch hier nicht möglich, die Noxalklage zu versagen, weil ja die Meinung dahin ging, man hätte es mit wirklichem Sklaveneigenthum zu thun. Aber sobald der Besitzer oder der dritte Verletzte [100]) Kunde von seiner Freyheit hatten, so konnten letztere eben so wohl wie jener selbst nur diesen Freyen belangen, und eine Noxalklage wegen eines als frey Erkannten ist unmöglich. Wenn also auch bey dem servus alienus, der b. f. besessen wurde, die Frage aufgeworfen werden konnte, ob der Besitzer oder dominus zu belangen sey, so war doch das außer Zweifel, daß bey dem Freyen dies unstatthaft war, und daß also das singulare bey der A. furti hierauf keine Anwendung fand, obgleich sonst, und außer diesem besonderen Falle auch hier, die bona fide possessio eines Freyen oder eines fremdem Sklaven ganz gleich be-

100) Auf das bloße Wissen des Sklaven kömmt nichts an, Arg. L. 11. ex quib. caus. maj. (4. 6). L. 43. §. 3. de Aed. ed. (21. 2).

handelt wird [1]). Um aber jeden Gedanken daran, als könnte auch in dem Falle der L. 21. jene Analogie angenommen werden, auszuschließen, endigt Justinian mit folgenden Worten:

> De eo autem qui liber constitutus ab alio bona fide tenetur, si furtum commiserit, recte et sine aliqua dubitatione dicitur posse eum, qui liber est cognitus, et ab ipso qui bona fide eum detinet, pro furto conveniri, et bonae fidei possessorem, si extraneo furtum liber

---

1) Ulp. T. 19. §. ult. L. 23. de A. R. D. (41. 1). L. 19. 21. pr. eod. L. 10. eod. mit §. 4. I. per quas. pers. nob. adq. (2. 9). L. 7. fin. pro empt. (41. 4). L. 20. pr. de stipul. serv. (45. 3). L. 54. de A. R. D. L. 11. pr. de acceptil. (46. 4). Diese Gesetze enthalten auch den bekannten Satz, daß der Sklave, welchen jemand bona fide besitzt, alles was er nicht opera sua oder ex re possessoris erwirbt, wie z. B. eine Erbschaft (bey welcher nach L. 19. cit. Streit war ob das adire zur Arbeit zu rechnen sey) „vel sibi liber vel alienus servus domino suo adquiret“ (L 54. §. 4. de A. R. D.), und L. 54. §. 2. cit. sagt ausdrücklich, daß ein solcher mit dem b. f. possessor contrahiren könne, (Promittendo nobis liber homo qui bona fide nobis servit, ut emendo, vel vendundo, vel locando, vel conducendo, obligari ipso jure poterit). Das alles setzt in der b. f. possessio ein besonderes Rechtsverhältniß voraus, und ist als vermeintes Eigenthum gradezu unmöglich. Nur ein wissentlicher Nichteigenthümer neben dem Eigenthümer des Sklaven oder dem Freyen selbst, ist hier wie in L. 21. C. denkbar.

commiserit, non posse conveniri, sed ipsum pro suo furto respondere: quia generalis regula pro servo prolata est: et pro eo qui non servus, sed liber et suae potestatis est (beym filiusfamilias war es nicht unmöglich) noxalem moveri actionem, impossibile, nostrisque legibus incognitum est [2]).

So wie hier nur von demjenigen, qui liber est cognitus, die Rede seyn konnte, so paßte auch das Vorhergehende, damit ganz analog, nur auf den qui alienus est cognitus.

§. 58.

Bey der in L. 21. erörterten Frage hat man die alte Regel der wegen desselben Sklaven unzuläßigen passiven und activen Noxalklage in Einer Person, nur angewandt (ita eam per conjecturam interpretati sunt); da man nämlich in der Regel die Noxalklage nur gegen den (wahren oder vermeintlichen) Eigenthümer gestattete, so kam durch diese singuläre Zulassung eines dritten Beklagten für den Fall des Diebstahls eine Lücke in die Consequenz: wobey man aber doch fühlte, daß man

2) Vrgl. dazu L. pen. pr. de N. A. L. 13. 14. de interr. (11. 1). Cujac. l. c. ad Tit. C. de furt. in fin. — L. 14. D. de usurp. (41. 3).

nicht so weit gehn durfte, nun diesem b. f. possessor, der noxaliter verklagt werden konnte, selbst wieder eine Klage gegen den dominus zu gestatten, oder umgekehrt, d. h. sogar jenem ersten Princip zu nahe zu treten. Um aber auch bey diesem singulare es zu verhüten, daß die Noxalklage von derselben Person angestellt werde, welcher die Defension obliegt, so mußten sie dem vom extraneus allein zu belangenden b. f. possessor auch die Klage gegen den dominus versagen, wobey nun kein Grund mehr vorhanden war, diesem die Klage gegen jenen zu verweigern, (obwohl er dominus ist, da er dennoch den Sklaven nicht zu vertreten hat) und eben so umgekehrt. Dadurch wird allerdings die Sonderbarkeit nothwendig, daß der Eigenthümer (da wo ihm die Defension fehlt, dagegen die Klage gestattet ist) als Nichteigenthümer, der b. f. possessor (da wo er defendiren muß, folglich nicht klagen kann) als Eigenthümer gilt. Aber das ist freylich als Folge natürlich, da einmal die Prämisse ein singulare war. Durch diese Erklärung wird es erst begreiflich, wie dieselbe Person bald für einen Eigenthümer, bald für einen Nichteigenthümer gehalten werden konnte, denn das muß sogleich auffallen, daß die ganze Regel „actio noxalis non domino contra dominum datur“ vereitelt würde, sobald man nach Belieben den non dominus verklagen und deswegen ein Eigenthum fingiren darf, und eben so umgekehrt die Regel, daß der Eigenthümer nicht seines eignen Sklaven wegen eine Noxalklage

anstellen dürfe, wenn man da, wo er sie dennoch hat, mit der Erklärung durchzukommen glaubt, grade darum werde hier Nichteigentum fingirt: und doch ist dieser Zirkelschluß der ersten Classe von allen Commentatoren unseres Gesetzes gemacht worden.

§. 59.

Die Noxalklagen gehn also in der Regel nur gegen den Eigenthümer des delinquirenden Sklaven oder schadenden Thiers; aber auch dieser kann nicht zur Defension gezwungen werden, insofern er seine Rechte cedirt oder die gehörige Caution leistet. Das erste war §. 38, das andere §. 54 erörtert. Hier sind Folgen daraus zu ziehen, die es noch genauer begründen.

Bey unterlassener Defension von Seiten des Vaters oder Herrn kann der Haussohn sich selbst vertheidigen, der Sklave aber muß sogleich dem Kläger cedirt werden [3]. Wer dagegen Herausgabe und Defension verweigert, wird als contumax in solidum verurtheilt.

L. 22. §. 3. de N. A. Paulus L. 18. ad Ed.

Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet, aut absentem defendere: quod nisi faciat, puni-

---

3) L. 33. de N. A. Damit verbinde man zur Uebersicht L. 8. L. 17. fin. L. 21. L. 29. L. 32. de N. A.

tur atque si praesentem non noxae dederit.

L. 21. §. 4. eod. Ulpian Libr. 23. ad ed.

Quod si reus jurare nolit (nämlich, daß er ihn nicht in potestate habe, §. 2. eod.), similis est ei, qui neque defendit absentem, neque exhibet, qui condemnantur, quasi contumaces.

Den Gegenwärtigen muß man also bey verweigerter Einlassung wirklich noxae geben, bey dem Abwesenden genügt nach dem Früheren Caution für dessen Exhibition [4]. Die hier genannte Strafe ist aber nach Cap. 9. die condemnatio auf die ganze litis aestimatio. — Aber in des Eigenthümers Abwesenheit, oder bey absichtlich unterlassener Vertheidigung, können diejenigen, welche dingliche Rechte haben, ihres Anspruchs wegen selbst die Vertheidigung übernehmen, obgleich man gegen sie die Noxalklage nicht richten konnte. Denn da durch noxae datio so gut wie das Eigenthum, so auch die einzelnen dinglichen Rechte verloren gehen, so kann man den Berechtigten die Beschützung ihrer Rechte gegen den Kläger nicht versagen.

4) „Si nolit defendere, cauturum cum primum potuerit, se exhibiturum." L. 2. §. 1. si ex nox. caus. (2. 9).

So ist in L. 26. §. 6. de N. A. zuerst von dem Rechte des Eigenthümers zur Defension die Rede, worauf Paulus fortfährt:

> Idem concedendum est fructuario, vel cui pignoris nomine obligatus est, si praesens dominus defendere noluerit; ne alterius (des nicht defendirenden Eigenthümers) dolus aut desidia aliis noceat. Idem praestandum est in servo communi, quem alter ex dominis (praesens) [5]) noluit defendere. —

Gajus libro ad Ed. Praet. urb. Tit. de damn. inf. L. 30. de N. A. [6]).

> In noxalibus actionibus eorum qui bona fide absunt, jus non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, si domini sint sive aliquod [7]) in ea re jus habeant: qualis est creditor et fructuarius.

---

5) Wohl nicht mit Unrecht läßt Hal. das „praesens" weg.

6) Es ist merkwürdig, dieselben Worte des Gajus aus demselben Werke ad Ed. de damno infecto im Tit. de damn. inf. (L. 19) nur mit ganz unbedeutenden Abänderungen, und mit den Worten: „stipulatione damni inf." statt „nox. act." wieder zu finden.

7) Flor. aliquid,

§. 60.

Nach erfolgter noxae datio von Seiten derer, welche ein dingliches Recht haben, wird der Empfänger aber auch gegen den früheren Eigenthümer geschützt [8]); denn immer beruht der Verlust auf des Sklaven noxa und hätte den Eigenthümer selbst getroffen, wenn er nicht die aestimatio vorgezogen. Insofern ihm also im Falle unschuldiger Nichtvertheidigung letzteres noch gestattet wird (§. 69); so leidet er keinen Nachtheil dadurch, daß ein Dritter die Vertheidigung übernimmt. Unterbleibt solche ganz, troß der Anwesenheit derer, welche ein jus in re haben, so gehn nun auch ihre Rechte unter, indem der Prätor des abwesenden Defensors Stelle vertritt, und selbst die Execution an der Person des Schuldigen vornimmt — ducit Praetor [9]), tradirt ihn dem Kläger.

---

8) — — Et si ego dominus proprietatis eum servum noluì defendere, defensio tibi permittenda est, et si damnatus hominem tradas, et adversus me tueris, L 17. fin. de N. A. Vrgl. §. 70. folgg.

9) „In jus ducito" ist nach Gell. XX. 1. der Ausdruck der 12 Taf. bey der Execution an dem insolventen Schuldner; eben so gebraucht die Lex Galliae cisalpinae, cap. 22. „duci jubere" von dem Zusprechen der Person des Schuldners, vrgl. Hugo, Civ. Mag. B. 2. S. 455. Desselben Rechtsgesch. (5te Aufl.) §. 245. Savigny, Gesch. des R. Rs. u. s. w. B. 1. S. 36.

L. 32. de N. A. Callistratus lib. II. Ed. monit.

Is qui in aliena potestate est, si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur. —

L. 2. si ex nox. caus. Paulus libr. 6. ad ed.

— Sed si servus praesens est, dominus abest, nec quisquam servum defendit, ducendus erit jussu Praetoris — [10]).

Da indessen durch den Prätor keinem Rechte, also auch nicht der Vertheidigung präjudicirt werden kann, so muß der Eigenthümer oder wer ein dingliches Recht hat, sich alsdann den Verlust seines Rechts am Sklaven nur insofern gefallen lassen, als er ihn durch eigene Nachlässigkeit verschuldet, widrigenfalls restitutio in integrum eintritt, insofern nämlich sein Versäumniß nach allgemeinen Gründen der Restitutionslehre zu entschuldigen ist, also besonders im Falle nöthiger Abwesenheit [11]). Hier wird auch

---

10) Vrgl. L. 26. §. 6. L. 28. fin. L. 31. 32. 39. §. 3. de N. A. L. 36. de procur. (3. 3).

11) Dieses Beyspiels bedienen sich die Römer als des gewöhnlichsten am meisten, aber es gilt auch von andern Restitutionsgründen, wie z. B. die inopia in L. 2. §. 1. de cust. reor. (41. 3). — Uebrigens tritt bey demjenigen, welcher gegenwärtig ist, und Defension oder Exhibition absicht-

nach des Prätors Tradition noch die Defension gestattet, wodurch denn jedes Unrecht verschwindet, was in dieser Uebergabe von Seiten eines andern liegen könnte. Vrgl. L. 30. de N. A. (§. 59. a. E.), ferner L. 26. eod. wo dies vom dominus, fructuarius, creditor pignoratitius und condominus gesagt wird. So fährt die eben angef. L. 2. si ex nox. caus. fort;

> Sed, causa cognita, domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sna noceat.

Da jede Restitntion wechselseitig ist [12]), so muß auch dem Empfänger des Sklaven die alte Klage nicht nur wieder gestattet, sondern auch wegen aller von dem zurückgegebenen Sklaven unterdessen etwa erlittenen Beschädigungen wieder zu klagen erlaubt seyn, wiewohl es ihm natürlich genügen muß, wenn er nur diesen Sklaven wieder noxae erhält. Dies ist der Sinn der Schlußworte unsrer L. 2. si ex nox. caus.

> — Ergo et actori actio restituenda est, perempta,

---

sich weigert, auch nicht mehr jenes prätorische Surrogat sondern Verurtheilung aufs Ganze ein.

12) L. 24. §. 4. de minorr. (4. 4). L. 1. 2. C. si advers. transact. (2. 32).

eo quod ductus servus in bonis ejus esse coepit [13]).

§. 61.

Endlich bleibt noch ein Punct zu erörtern übrig, nämlich die Rechtsmittel der condomini unter einander. Schadet ein eigner Sklave, so ist der Herr zur Züchtigung berechtigt, aber keine Klage vorhanden [14]), denn wer sollte in dessen Namen der Beklagte seyn? Schadet mir aber ein gemeinschaftlicher Sklave, so erfordert strenge Consequenz, daß ich zwar den Ratentheil des Nachtheils, als so weit durch meinen eigenen Sklaven zugefügt, selbst trage; aber für den übrigen Theil Vergütung oder Ueberlassung des fremden Antheils erwarten kann. Wollte man aber deshalb eine Noxalklage gegen den Miteigenthümer gestatten, so würde derselbe, welcher jedem Dritten für den Sklaven Rede stehn muß, nun eben dieses Sklaven wegen klagen, und dadurch gegen den oben (§. 51.) erwähnten Grundsatz der Römer verstoßen. Die Ursache dieses Satzes ist ganz klar diese, daß man nicht denjenigen anklagen soll, dessen Vertheidiger man nach gesetzlicher Ansicht ist, oder, was damit zusam-

---

13) Vrgl. Cujac. in Lib. 18. Pauli ad Ed. ad l. 26. §. ult. de N. A. (Opp. T. 5. p. 234. 235).

14) L. 107. de R. I. Cum servo nulla actio est. Cf. L. 22. pr. eod. Cujac. Obs. IX. 13. (Opp. T. 3. p. 226).

menfällt, daß man eben so wenig pro parte servi klagen, als denselben nur theilweise vertheidigen kann (§. 38), alles eine nothwendige Folge unsrer bisher durchgeführten Grundansicht. — Eine singuläre Anwendung dieser Regel auf den b. f. possessor neben dem dominus bey der a. furti hatten wir schon gefunden. Die regelmäßige Anwendung ist nur bey dem condominio möglich, als dem einzigen Verhältnisse, wo man, ohne allein Eigenthümer zu seyn, dominus und laesus zugleich ist [15]). Hier sehen wir es denn auch von den Römern einstimmig beachtet.

Der condominus soll nicht den vollen Schaden tragen, und dennoch keine Noxalklage haben; es bleibt also nur die a. communi dividundo (familiae erciscundae) über. Um aber damit vom socius [16]) verlangen zu können, daß er auch nur zur Hälfte den Schaden ersetze, so müßte für unsern Fall eine solche culpa vorhanden seyn, die ihn zur Prästation dieses Schadens verpflichtet, was hier, wo wir in das Gebiet der obligatorischen Verhältnisse gekommen sind, allerdings denkbar ist. Fehlt aber diese

---

15) Dies beweist auch die behauptete Singularität bey dem b. f. possessor.

16) Ich gebrauche hier mit den Römern den Ausdruck socius und condominus gleichbedeutend, weil der Unterschied zwischen communio incidens und societas auf die gegenwärtige Untersuchung keinen Einfluß hat.

oder kann sie nicht erwiesen werden, so wäre der Verletzte ohne Schutz, welchen er doch (ohne Rücksicht auf des Herrn culpa) des Sklaven wegen zu fordern berechtigt ist, so daß er, so weit er nicht Eigenthümer des Sklaven ist, einen ungerechten Nachtheil leiden würde. Wir fanden nun in §. 38, daß bey unterlassener Defension und namentlich auch von Seiten des socius gegen einen Dritten, der Antheil abgetreten werden müsse. Läßt man diese Cession auch gegen den socius selbst zu, so wäre die Schwierigkeit gehoben, denn darüber, daß der Rest des (halben) Schadensersatzes nicht gegeben wird, kann sich ein Dritter auch nicht beschweren.

§. 62.

Hierbey müßte aber Folgendes berücksichtigt werden:

1) Daß die Klage des socius keine noxale (auf einem Delicte gründende), sondern die actio comm. div. ist, mithin den Beklagten in eigenem Namen trifft, also

2) Auf des Klägers vollen Anspruch im Falle der culpa des socius geht, aber,

3) Wenn der Richter eine culpa nicht vorhanden oder nicht erwiesen findet, folglich ein Nichthaften des socius in eignem Namen anerkennt, doch auf der andern Seite das Recht auf den Antheil des Beklagten an dem schuldigen Sklaven selbst zugegeben, und dieser

4) Grade so cedirt werden muß, wie dies der condominus, welcher von einem extraneus belangt die De-

fension weigert, zu thun schuldig ist. — Der einzige Einwand gegen diese Cession könnte darin liegen, daß hier die Nichtvertheidigung nicht wie dort in des Beklagten Willen liegt, also auch kein Vorwurf da sey, zufolge dessen ihm sein Antheil am Sklaven abgesprochen werden könne. Allein der Nachtheil dabey war, den Sklaven ohne Prozeß verlieren zu müssen (während vielleicht des Sklaven That als casuell erschienen, das factum nicht erwiesen worden wäre u. d. m.). Dies fällt aber hier weg; denn es liegt dem Richter ob, bey dem judicio comm. div. mit der Untersuchung, ob der Beklagte seiner selbst wegen verantwortlich sey, die andere zu verbinden, ob Schuld des Sklaven vorhanden sey, und dem gemäß sein Erkenntniß auf das Eine oder das andere zu richten. — Damit wären alle Schwierigkeiten gehoben, jede Ungerechtigkeit vermieden, und der Miteigenthümer verbunden, im Falle seiner Unschuld, wenigstens die auf dem gemeinschaftlichen Eigenthume ruhenden Lasten mit zu tragen.

L. 61. pr. D. de furtis (47. 2). Africanus libr. 8. Quaest.

Si servus communis uni ex dominis furtum fecerit, communi dividundo agi debere placet: et arbitrio judicis contineri, ut aut damnum praestet, aut parte [17]) cedat.

---

17) Vulg. partem.

Das Obige ist hinlänglicher Commentar zu diese Worten. Aber fragt man nun weiter, was dann gelte, wenn der socius nach dem Delict des Sklaven seinen Antheil schon an einen Dritten veräußert hatte, so ist klar, daß dieser Nachfolger als Miteigenthümer sich ebenfalls die Klage gefallen lassen muß, die seinen Vorgänger getroffen hätte; weil keiner mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat: war mithin ein factum verübt worden, wodurch der Sklave verwirkt war, so trifft dies auch den neuen socius, welcher in diese verringerten Rechte eingetreten ist. Eine Noxalklage ist aber nicht vorhanden, weil der Kläger (Mit)Eigenthümer ist, so daß er also den Sklaven selbst nach erlangter Freiheit eben so wenig, wie seinen alleinigen Sklaven als libertus belangen kann, weil das Eigenthum dort wie hier im Wege stand, und eine anfangs unbegründete Klage auch nachher unmöglich ist. Dieser Uebergang der Klage gegen den neuen socius folgt also nicht aus dem Grundsatze: noxa caput sequitur, wiewohl es einen solchen Schein annimmt, sondern aus der Nachfolge in die Societät. Mit des Sklaven Tod hört Miteigenthum, Möglichkeit der Cession, also auch die Klage auf. Und hiermit glaube ich das ganze Raisonnement Africans erschöpft zu haben, wenn er in unsrer Stelle folgendermaßen fortfährt:

Cui consequens videtur esse, ut etiam si alienaverit suam partem, similiter et cum emptore

agi possit: ut quodammodo noxalis actio caput sequatur. Quod tamen non eo usque producendum ait, ut, etiam si liber sit factus, cum ipso agi posse dicamus: sicuti non ageretur, etiam si proprius fuisset. Ex his igitur apparere [18]), et mortuo servo nihil esse, quod actor eo nomine consequi possit: nisi forte quid ex re furtiva ad socium pervenerit.

§. 63.

Hier war von demjenigen die Rede, welcher, nach begangenem Delicte in die Societät eintretend, deshalb verklagt werden konnte. Den umgekehrten Fall, da der neue condominus unter diesen Umständen gegen den alten klagen kann, finden wir bey Ulpian. Ich hatte mir oben (§. 38. Note 97) bey Erklärung der L. 8. de N. A. die Interpretation der Schlußworte bis hierher vorbehalten. Die Stelle handelt gegen das Ende von dem condominus, welcher auf die Noxalklage eines extranens wegen eines gemeinschaftlichen Sklaven sich nicht einließ, sondern seinen Antheil cedirte. Dem Kläger bleibt hier offenbar das Recht, auch noch den condominus zu belangen, weil ihm in Ermanglung der aestimatio der ganze Sklave gebührt; aber

18) Vulg. et Hal. apparet ohne das folgende et.

durch jene Cession ward er selbst condominus, verlor folglich die Noxalklage, daher findet es Ulpian bedenklich, ob dem ersten Beklagten dieses Präjudiciums wegen nicht die Erlaubniß zur Cession seines Antheils allein, versagt werden müsse. Allein er gestattet sie dennoch:

> Quamquam quis possit dicere evenire, ut, dum pars ei cedatur, amittat actionem: dominus enim pro parte factus non potest cum socio noxali experiri: fortassis nec communi dividundo [19]) agere possit ejus maleficii nomine, quod ante communionem admissum est. Quod si non potest, evidenti injuria adficietur. Sed melius est dicere competere ei communi dividundo judicium.

Also auch des Zweifels ist hier gedacht, ob der neue condominus die a. comm. divid. habe wegen eines vorher begangenen Delicts, in deren Versagung aber Ulpian eine große Ungerechtigkeit fände; und grade die Vermeidung dieser Ungerechtigkeit war es, woran sich das ganze bisherige, aus den Gesetzen selbst genommene, Raisonnement knüpfte. Aber eben Ulpians Einwand selbst und die gestattete Contractsklage beweisen, daß nur auf der Succession in des Vorgängers Verbindlichkeit als solchem, nicht auf dem Noxalverhältniß, wobey kein Zweifel hätte obwal-

---

19) Vulg. setzt „judicio" herein.

ten können, die Möglichkeit des Klagens und Verklagtwerdens beruht, und bestätigt Africans Bemerkung, daß es wohl den Anschein hätte, als käme hier das: noxa caput sequitur zur Anwendung (denn dadurch würde sich der vorliegende Fall eben so gestalten), daß hierin aber dennoch nicht der Grund liege; denn unterstellt man einen andern Fall, wie z. B. den libertus, so müssen die Consequenzen jenes Grundsatzes wegfallen.

Aus diesen und noch anzuführenden Stellen sind denn andere zu ergänzen, in welchen nur die actio ex delicto versagt wird, ohne der Communionsklage zu erwähnen. So

L. 43. §. 12. de furt. Ulpianus libr. 41. ad Sabinum.

Etiamsi partis dimidiae nanciscar dominium in servo, qui mihi antea furtum fecerat: magis est, ut extinguatur actio etiam parte redempta, quia, etsi ab initio quis partem in servo habebat, furti agere non poterat. —

L. 14. §. 2. de serv. corr. Paulus libr. 19. ad Ed.

Si servus communis, meus et tuus, proprium meum servum corruperit, Sabinus, non posse agi cum socio, perinde atque si proprius meus servus corrupisset conservum.

L. 27. §. 1. ad Leg. Aquil. Ulpian. libr. 18. ad Ed.

Si servus communis, i. e. meus et tuus, servum meum occiderit, legi Aquiliae locus est adversus te, si tua voluntate fecit, et ita Proculum existimare, Ursejus refert. Quod si non voluntate tua fecit, cessare noxalem actionem.

Alle 3 Stellen versagen grade nur die Klagen, wovon ihr Titel sowohl handelt, als die Theile der Werke aus denen sie entlehnt sind; denn die meisten Gesetze Ulpians im Tit. de furtis sind aus Lib. 40. 41. 42. ad Sabin., und alle Stellen des Paulus im Tit. de servo corr. sind aus seinem Lib. 19. ad Ed., und in Lib. 18. ad Ed. handelt Ulpian von der Lex Aquilia [20]).

§. 64.

Die angeführten Fragmente beweisen auch hinlänglich, daß die Regel der den condominis versagten Noxalklagen nicht etwa blos auf die actio furti zu beschränken, sondern allgemein sey, wie sich auch noch weiter ergeben wird. Auch das vorangegangene Raisonnement ist schon sattsam begründet. Die Unanwendbarkeit des Princips einer dem

20) S. §. 95. a. E.

Sklaven anklebende und dadurch eine Klage begründenden Schuld bildete den Hauptunterschied zwischen der Delicts- und Communionsklage. Nothwendig ist auch ein zweyter, daß die litis aestimatio, wodurch der Beklagte der Cession entgehen kann, nicht die ganze Strafe des Delicts, sondern nur den einfachen Schadensersatz betragen kann. Zum Ueberfluß sagt es aber L. 16. §. ult. fam. hercisc.

Ulpian Libr. 19. ad Ed.

Item si servus hereditarius propriam rem heredum unius subripuerit, Ofilius ait, esse familiae erciscundae actionem, et communi dividundo, furtique actionem cessare. Quare agentem familiae erciscundae judicio consecuturum, ut aut ei servus adjudicetur, aut litis aestimatio in simplum offeratur.

Auch die actio injuriarum wird dem condominus wegen der Injurie eines gemeinschaftlichen Sklaven versagt [21]), ob aber auch hier wieder die actio comm. divid. zu suppliren sey, bezweifle ich. Denn die Gemeinschaftsklage verlangt, wie das zuletzt angeführte Gesetz am besten zeigt, daß der socius an dem Schaden mit Theil nehmen solle, um mit dem allein Lädirten zusammen den von dem gemeinschaftlichen Sklaven erlit-

21) L. 17. §. 9. de injur. (47. 10).

tenen Nachtheil zu tragen. Darum hat auch der socius nicht die Einrede des libertus, daß dieser zur Zeit der Verletzung in des Klägers Eigenthum war, indem die Klage gegen jenen nicht aus dem Delicte angestellt wird, sondern darauf geht, daß er den Schaden pro rata mit trage, daher dabey auch von keiner Privatstrafe, sondern nur von rei persecutio die Rede seyn kann. Eben diese fällt aber bey der Injurie weg, da der Ersatz dieses nicht reellen Nachtheils höchstens vom Injuriant selbst geleistet werden kann, aber eine verhältnißmäßige Erleichterung durch theilweise Uebernahme des Schadens von Seiten des condominus ist bey Ehrenkränkung unmöglich.

§. 65.

Die oben angeführte Ursache der hier überall zu Grunde liegenden Regel ist in den bisher angeführten Gesetzen mehrmals enthalten, indem sie sich theils darauf berufen, daß der condominus einem Dritten (extraneus) in solidum (d. h. hier: für den ganzen Sklaven) verantwortlich sey, also doch nicht selbst der Kläger seyn könne; theils darauf, daß es grade eben so wenig zuläßig sey, ex delicto des gemeinschaftlichen Sklaven zu klagen, wie aus dem des eigenen. Noch ganz deutlich sagt das erstere Julianus libr. 2. ad Ursejum Ferocem in

L. 41. de N. A.

Cum servus communis alteri dominorum dam-

num injuria dedit, idcirco legis Aquiliae actio non est, quia si extraneo damnum dedisset', cum altero in solidum lege Aquilia agi posset: sicuti cum servus communis furtum fecerit, cum altero domino furti agi non potest, sed communi dividundo agi potest.

Eben so versagt Ulpian in L. 17. §. 9. fin. de injur. dem socius die actio injuriarum noxalis „ea propter, quia et ipse injuriarum actione tenetur." Während er aber hier und in L. 43. §. 12. de furt., L. 8. de N. A. citt. eben so, wie die übrigen römischen Juristen, auf die wahre ratio hinweist, gibt er eine andere an in L. 27. §. 1. ad leg. Aq., indem er den §. 63. a. E. angeführten Worten noch hinzufügt:

„ne sit in potestate servi, ut tibi soli serviat."

Dies ist denn auch schon treffend von Accurs 22), und nach ihm von vielen, z. B. Giphanius 23), am ausführlichsten und zu wiederholten Malen aber von Cujacius 24) angegriffen worden, und zwar aus folgenden Gründen.

---

22) Glossa in leg. 27. §. 1. ad l. Aq.

23) Explan. ad Cod. ad leg. pen. de furt.

24) Obs. 17. 15. (Opp. T. 3. p. 495), ad l. pen. C. de furt. (Opp. T. 9. p. 626).

1) Wird durch die a. comm. div. dennoch erreicht, was Ulpian nicht zulassen will, nämlich, daß es von dem Sklaven abhängig werde, wem er dienen wolle.

2) Tritt dasselbe bey einem verletzten extraneus ein, sey es nun, daß der Sklave mit ihm einverstanden ist oder nicht, ohne daß diesem Ulpian die Klage verweigerte.

Dennoch sucht Mendoza [25]) diesen Grund zu vertheidigen, weil der Beklagte bey der poenalen a. furti oder legis Aq. noxal. wohl die noxae datio meistens vorgezogen hätte, während er bey der blos reipersecutorischen comm. divid. gewöhnlicher den Ersatz wählen würde, also nur dort zu befürchten wäre, daß ihn die Lust, dem Einen Herrn allein anzugehören, zum Delinquiren verleiten würde. — Hätte Ulpian den an sich wahren Satz auf solche Weise begründen wollen, so folgt höchstens, daß er nicht minder Unrecht hatte als Mendoza, und ein Paulus dürfte ihm in seiner Kürze erwiedern: „wie wäre es, wenn deshalb der Sklave einen desto größern Schaden verübte?“ In der That fällt dadurch diese ganze, ohnehin nur auf einer Präsumption [26]) beruhende, Deduction.

---

25) Ad leg. Aq. Lib. 1. cap. 4. sect. 2.

26) „Non adeo vehementer praesumitur electurum esse servi parte cedere.“

Ich sehe davon ab, daß diese Meinung nicht auf alle Noxalklagen, sondern nur auf die poenalen paßt, eine Restriction, die sich Mendoza gefallen zu lassen kein Bedenken trüge, da er vor lauter Detail kein Ganzes sieht, und zufrieden ist für jeden einzelnen Satz einen besondern Grund zu haben. Allein auch das Poenale bey der aquil. Kl. ist, besonders im 3ten Cap., bekanntlich sehr gering, und schwerlich möchte der Sklave Anstand nehmen, auch dieses plus zum Schaden noch hinzuzufügen, damit die a. comm. div. dennoch auf so viel gehe, als bey geringerem Schaden Gegenstand der aquil. Kl. gewesen wäre, wodurch dem schlauen Ulpian die ganze List verdorben, und grade umgekehrt Veranlassung zu noch größerer Beschädigung gegeben wäre. — Es ist überhaupt jene Ansicht bey den Noxalklagen durchaus unzulässig, da sie zu viel beweist, nämlich nichts weniger als die ganze Lehre gradezu vernichtete. Denn das ganze System trifft der Einwand: „es steht dadurch dem Sklaven frey, sich seinen Herrn zu wählen," insofern er nur Mendoza's plerumque dadurch vereitelt, daß er im Beschädigen nicht zu engherzig zu Werke geht, und dafür sorgt, daß ihm die Wahl der litis aestimatio nicht so leicht den Plan verderbe [27]).

---

27) Uebrigens ist bekannt, daß die Römer in den Gründen nicht immer ihre Stärke hatten; ihnen waren die Resultate so lebendig, daß sie jene oft leicht hinwarfen, gleichsam als lohne es nicht der Mühe, lange nach guten rationibus

§. 66.

Da gegen denjenigen, welcher nur ein dingliches Recht hat, keine Noxalklage gerichtet werden kann, sondern die Defension seinem freyen Willen überlassen bleibt, so steht nichts im Wege, ihm umgekehrt gegen den Eigenthümer diese Klage zu gestatten, also z. B. demjenigen, gegen welchen ein zum Nießbrauch oder als Pfand übergebener Sklave delinquirt. So sagt Pomponius in L. 18. de N. A.

Is qui usumfructum in servo habet, perinde eum domino habet actionem furti,

---

zu suchen, wo jeder dem ausgesprochenen Satze schon sogleich seinen Beyfall zollen wird. So scheint auch der gegenwärtige Grund nur so beyläufig erwähnt zu seyn; sehr ernst dagegen nimmt die Sache Cujacius, indem er sie sogar auf den Streit der Schulen zurückführt, auf eine Weise, die ich ihrer freundlichen Gelehrsamkeit wegen kurz erzählen will. Ulpian beruft sich in L. 27 auf Proculus, dieser auf Ursejus; zu letzterem hat Julian Noten geschrieben, s. L. 41. de N. A., und hierin (wo sich nur die richtige Darstellung, aber keine Mißbilligung einer andern findet) sey der Tadel jener Meinung ausgesprochen. Julian ist aber Schüler von Sabinus, und da es sich aus L. 14. §. 2. de servo corr. ergibt, daß Sabinus wirklich über diesen Punct mit Julian gleich dachte, so ist nichts treffender, als dieses Beyspiel des zwischen Proculus und Sabinus geführten Streits!

atque si quilibet alius esset: sed cum eo non est, quamvis serviat ei: et ideo dominus damnatus fructuario noxae dedens liberabitur.

Ulpian libr. 57. ad Ed. L. 17. §. 9. de injur.

Si servus, in quo ususfructus meus est, injuriam mihi fecerit; adversus dominum noxali judicio experiri potero; neque debeo deterioris conditionis ob hoc esse, quod usumfructum in eo habeo, quam si non haberem. Aliter atque si servus communis esset, rel.

Eben so gestattet Paulus in L. 17. §. 3. 4. de serv. corr. dem usufructuar und debitor pignoratitius die A. de servo corr. nox., nachdem der §. 2. dem Eigenthümer die Klage versagt hatte; und Ulpian schließt die L. 44. §. ult., worin er dem condominus die a. furti verweigert, mit den Worten:

Plane si ususfructus meus in eo servo esse coeperit, dicendum est furti actionem non extingui, quia fructuarius dominus non est.

§. 67.

Ueber die bisher ausgeführten Grundsätze konnte ich in unsern Commentaren wenig Aufschluß finden. Meistens

begnügt man sich mit dem bloßen Resultate, daß condomini gegenseitig keine Noxalklage hätten, dafür sey die a. comm. div. quasi noxalis, und bewirke Ersatz oder Cession. So meint Mendoza [28]), es beruhe auch diese Klage auf dem Princip des noxa caput sequitur, weil sie sonst nicht auf den neuen Eigenthümer übergehn könne, und nur wegen der beschränkteren Anwendung dieser Regel habe African das Wort „quodammodo" gebraucht; womit aber diese Singularität selbst nicht erklärt ist. Cujacius [29]) sogar vermochte sich nicht in den wahren Standpunct hereinzufinden, auch er spricht von einer quasi noxalis, beruft sich auf jenes quodammodo, und erklärt es dadurch, daß hier die litis aestimatio nur das Einfache beytrage, „in noxali aestimatur in duplum vel quadruplum." Daß darum die Communionsklage quasi-noxal sey, ist eben so unbegreiflich, als es eine Verkennung des ganzen Characters der Noxalklagen voraussetzt, in ihnen stets etwas Poenales zu suchen, da es nur darauf ankömmt, ob das Delict selbst eine poenale oder reipersecutorische Klage begründete, wie das Letztere z. B. bey der a. de dolo noxalis der

---

28) L. c. Lib. 1. cap. 4. sect. 2.

29) Ad African. Tract. 8. in leg. 61. de furt. (Opp. T. 1. p. 1444), in Tit. C. de furt. L. 21. (Opp. T. 9. p. 623). Ihm folgt Otto Tabor Tract. Vol. 2. p. 118.

Fall ist, und auch die aquil. Kl. geht im Ganzen nur auf das Einfache. — Am leichtesten entgeht A. Faber [30]) den Schwierigkeiten; nach ihm kann die a. comm. div. durchaus nicht gegen den neuen socius gehn, daher spräche L. 61. de furt. „de furto per servum communem admisso post contractam jam communionem et ei qui tempore furti dominus fuit,“ in L. 8. de N. A. aber, von quamquam an „tota haec additio usque ad finem legis est Triboniani, non intelligentis praecedentem Ulpiani sententiam.“

Man wird mir also verzeihen, mich hier etwas verweilt zu haben; denn zum allerwenigsten ist es doch interessant, den Römern in ihrer oft Staunen erregenden Consequenz zu folgen, und noch ganz unerledigte Gesetze dadurch zu erläutern.

---

30) Ration. ad leg. 8. de N. A.

Achtes Capitel.

Welche Rechte gehn durch noxae datio auf den Empfänger über? auf welche Weise? Wer ist Kläger?

§. 68.

Die noxae datio ist Eigenthums-Uebertragung. Da aber niemand mehr Rechte geben kann, als er hat, so ist dieses nur von Seiten des Eigenthümers zu bewirken [31]. Das Eigenthum, welches so überging, war das quiritarische, wie sich das schon aus dem Gegensatze ergibt, den L. 27. §. 1. ad leg. Aq. aufstellt zwischen translatio dominii ipso jure, und der traditio von Seiten des Nichteigenthümers, welche den Empfänger gegen den wirklichen Eigenthümer nur ope exceptionis schützt; verbunden mit L. 26. fin. de N. A. und L. 2. si ex nox. caus.

---

31) — Nullum ad actorem dominium transferre possunt, cum ipsi domini non sint (oder nach Hal. qui — sunt).

(2. 9), welche ausdrücklich das in bonis fieri durch ductio des Prätors nennen, und L. 28. de N. A., nach der der Empfänger in beyden Fällen durch eine exceptio und actio Publiciana geschützt ist, wie sofort zu entwickeln ist. — Die Form der Uebertragung des quiritarischen Eigenthums mochte hier die cessio in jure gewesen seyn. Darauf deutet noch das häufig vorkommende „cedere“ [32]), sowohl nach der Verurtheilung, als bey verweigerter Einlassung (insofern man des Eigenthums geständig oder überführt war, §. 54. folgg.) — Die Mancipation mochte wohl schwerlich wenigstens durchaus dabey üblich gewesen seyn, da sie auf jeden Fall auch nicht bey allen quadrupedibus möglich war [33]). —

Geschah nun die Uebergabe nicht von Seiten des Eigenthümers, sondern dessen der ein dingliches Recht hat, oder von Seiten des Prätors, so konnte unmöglich quiritarisches Eigenthum übergehn, wie denn auch von dem Prätor ausdrücklich gesagt wird, daß er durch seine ductio bonitarisches Eigenthum gebe [34]). Indessen konnte doch

32) Z. B. L. 8. de N. A. L. 61. de furt. Vrgl. §. 3. I. de N. A., auch die ungewisse Stelle bey Paulus 1. 19. 1., wo noch zwischen dedat, caedat, cedat die Lesarten wechseln.

33) Ulp. 19. 1.

34) L. 26. §. 6. fin. de N. A. „jussu enim Praetoris ductus in bonis fit ejus, qui duxit.“ L. 2. fin. si ex nox.

dem Eigenthümer, welcher schuldlos die Defension versäumt hatte, gegen denjenigen, der auf solche Weise zum Besitze gekommen ist, nicht mehr gestattet werden, als er anfangs hatte, nämlich die litis aestimatio oder noxae datio, also hier die Erlaubniß durch die erstere den einstweilen selbst verhafteten Sklaven auszulösen. Vindicirt er ohne Ersatz zu geben, so steht seiner stricto jure gültigen Klage (da sie auf dem nicht verlorenen quiritar. Eigenthume gründet) die exceptio doli entgegegen, weil grade er als Eigenthümer in diesem Falle den Sklaven verlieren muß; und gegen ihn als Besitzer geht die a. Publiciana, so wie seiner exceptio dominii, so lange er durch aestimatio auszulösen ermangelt, die replicatio doli entgegen steht.

L. 28. de N. A. Africanus libr. VI. Quaest.

Et generaliter, si alieni servi nomine qui tibi justam servitutem serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxae dederis, sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi litis aestimationem offerat, eum summovere possum, sive ipse possideat, Publiciana mihi datur: et adversus excipientem, si dominus ejus sit, utilem mihi replicationem doli mali profuturam: et secundum haec usu

caus. — „Ergo et actori actio restituenda est, perempta, eo quod ductus servus in bonis ejus esse coepit."

quoque me capturum: quamvis sciens alienum possideam: alioquin si aliter constituatur, futurum ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur: si cum ipso jure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur, ut litis aestimationem sufferat. Eademque dicenda sunt, et si, cum ab eo non defenderetur, jussu Praetoris eum duxerim: quoniam isto quoque casu justam causam possidendi habeo [35]).

Also auch das quiritarische Eigenthum kann hier auf dem Wege der Usucapion erworben werden; denn mit dem Bewußtseyn des fremden Eigenthums ist auch das des rechtlichen Besitzes verbunden, welcher vom praetor gegeben und geschützt wird, mithin vollkommene bona fides [36]). Wäre der Kläger auf diese Weise nicht eben so geschützt, wie wenn er sein Recht vom Eigenthümer selbst ableitete, so könnte ihn die noxae datio nicht befriedigen, und der beklagte b. f. possessor [37]) würde genöthigt seyn, wie

35) Vrgl. L. 27. §. 1. L. 11. eod. L. 5. de Publ. (6. 2). Cujac. ad Afric. tr. 6. ad L. 28. cit. (Opp. T. 1. p. 1369). Ad T. C. de furt. l. c. (p. 627); auch Obs. 21. 36. (Opp. T. 3. p. 632).

36) L. 11. de A. l. A. P. (41. 2). L. 14. §. 1. de relig. (11. 7). L. 18. §. 15. de damn. inf. (39. 2).

37) Inwiefern den b. f. possessor eine Noxalklage treffen kann, ist mit Berücksichtigung dieser L. 28. oben schon erörtert.

Africanus richtig bemerkt, statt dessen voll zu ersetzen, also in höchst ungerechtem Nachtheile stehen.

§. 69.

Es ergibt sich von selbst, daß auf diese Weise das Eigenthum des ersten Besitzers nur ope exceptionis untergeht; denn seine vindicatio ist an sich vollkommen gerecht, da sie sich auf das vorerst nicht aufgehobene quiritarische Eigenthum stützt. Erst des Beklagten Berufung auf den besondern Umstand, daß ihm der schuldige Sklave vom Prätor zugesprochen sey, und auch vom jetzigen Kläger selbst in Ermanglung des Ersatzes hätte herausgegeben werden müssen, steht seiner an sich begründeten Klage entgegen. Daß das, worauf der vindicirende Kläger sich stützt, wirklich vorhanden war, ergibt sich am besten daraus, daß der Kläger durch oblatio litis aestimationis die Einrede darnieder schlagen und sein Eigenthum erhalten konnte.

L. 27. §. 1. de N. A. Gajus libr. 6. ad ed. prov.

Ex his, quae diximus de servo qui alicui pignoris jure obligatus est, deque statulibero, et de eo cujus ususfructus alienus est, apparet eum qui alienum servum in jure suum esse responderit, quamvis noxali judicio teneatur, non tamen posse noxae deditione ipso jure liberari:

quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cum ipsi domini non sint. Certe tamen, si ex ea causa traditum postea dominus vindicet, nec litis aestimationem offerat, poterit per exceptionem doli mali repelli.

Hierauf folgt mit et generaliter in L. 28. die allgemeine Regel, daß in jedem Falle, wo nicht der Eigenthümer selbst tradirt habe, seine an und für sich zuständige Klage durch eine exceptio entkräftet werde. Erst die Usucapion zerstörte dann das quiritarische Eigenthum ipso jure, denn nun hat es aufgehört wahr zu seyn, daß solches da ist, und es bedurfte keiner exceptio, (im wahren römischen Sinne); denn eine schon an sich unbegründete Klage (also eine vindicatio dessen, der ein Eigenthümer war, oder dessen Eigenthum zur Zeit der Klage nicht mehr existirte) zurückzuweisen, liegt jedesmal in der allgemeinen Instruction des judex [38]).

---

38) Grade so wie Obligationen durch die sogenannte exceptio solutionis, novationis selbst in stricti juris negotiis, wo der judex nicht wie in bonae fidei judiciis auch worauf er nicht instruirt war, suppliren durfte, ipso jure zernichtet werden, weil hier der Obligation nicht ein besonderer Umstand entgegen steht, sondern sie selbst auf jene Weise getilgt war. Vrgl. Hugo Rechtsgesch. §. 228. (ed. 5).

§. 70.

Wir haben gesehen, daß durch noxae datio auch die jura in re verloren gehn, und deshalb dem Berechtigten Vertheidigung erlaubt ist. Aber so gut wie dem Eigenthümer muß es ihnen auch frey stehn, sich ihr Recht durch litis aestimatio pro rata des Werths zu sichern. Eben so ist es ihnen gestattet, wenn sie aus entschuldbaren Ursachen die Defension unterließen, und bey dem Prozesse zwischen Verletzten und Eigenthümer außer Theilnahme waren (wie im andern Falle diesem), durch Erbietung zu jenem Ersatze sich ihr Recht zu erhalten, da auch ihrer dinglichen Klage nur eine exceptio entgegen stehn kann. Aus diesem Grunde ist also der Empfänger des Sklaven gegen ihre Eviction nicht gesichert, und der beklagte Eigenthümer hat ohne diese Sicherstellung seiner Pflicht zur Uebertragung vollen Eigenthums nicht Genüge geleistet, sey es nun, daß er durch solche noxae datio Absolution von der Klage erlangt habe, oder daß er durch ein condemnatorisches Urtheil dazu genöthigt worden sey. In beyden Fällen bleibt er dem Empfänger verhaftet, welcher im ersten Falle die actio de dolo, im zweyten die a. judicati anstellen kann, sobald er nur Kunde von dem Bestehen eines solchen dinglichen Rechts hatte, eben weil das zu Verlangende, de jure wenigstens, gar nicht auf ihn übergegangen ist, sondern der usufructuar oder creditor pignoratitius vorerst in ihrem Rechte verbleiben, so daß

er gar nicht die Pflicht hat, erst deren Eviction zu erwarten. — Darum kann auf der andern Seite der cedirende Eigenthümer z. B. den usufructuar nöthigen, ebenfalls sein Recht entweder abzutreten, oder durch Litisästimation zu erhalten, da ihm diese Wahl selbst eben so wenig als dem Eigenthümer versagt werden kann; und nur auf Beendigung der Sache auf die eine oder andere Weise konnte der letztere jetzt dringen. Ist dagegen Nießbrauch oder Pfandrecht schon ipso jure untergegangen, was bey ersterem z. B. durch non usus in gesetzlicher Verjährungszeit statt hat, so ist auch auf diese Weise alle obligatio des cedirenden Eigenthümers getilgt, und eben so wie das Eigenthum durch Usucapion, so sind auch nun die dinglichen Rechte so erloschen, daß es keiner Exception des Empfängers mehr bedurfte, um das erworbene Eigenthum in seiner Unumschränktheit zu behaupten, mithin zur actio de dolo oder judicati kein Grund mehr vorhanden ist. — Vermag der Nießbraucher oder Pfandgläubiger seine unterlassene Defension nicht gehörig zu entschuldigen, so ist ihm eben so, wie dem aus Nachlässigkeit u. s. w. (praesens) nicht defendirenden Eigenthümer die Wahl des Ersatzes genommen, nur geht der ususfructus durch Cession von Seiten eines andern auch hier nicht ipso jure unter, sondern wird eben so wie bey dem Eigenthume durch exceptio doli unwirksam.

§. 71.

Diese in sich consequente und nothwendige Entwicklung des vorigen §en ist das Gesammtresultat folgender Gesetze, deren zum Theil scheinbarer Widerspruch und Unklarheit sich auf diese Weise vollkommen lößt, die aber so ineinander greifen, daß ich sie sämmtlich hier aufzuführen genöthigt bin.

L. 66. de solutt. (Celsus).

Si hominem, in quo ususfructus alienus est, vel qui erat pignori Titio obligatus, noxae dedisti, poterit is, cui condemnatus es, tecum agere judicati: nec exspectabimus', ut creditor evincat: sed si ususfructus interierit, vel dissoluta fuerit pignoris obligatio: existimo processuram liberationem.

Hier bestätigt sich schon 1) die behauptete Eviction derer, welche dingliche Rechte haben; 2) die actio judicati schon v o r der Eviction; 3) der Untergang der Klage des Empfängers nach erloschenem dinglichen Rechte.

L. 4. §. ult. de re jud. (Ulpian).

Celsus scribit, si noxali condemnatus eum servum, in quo usfructus alienus est, noxae de-

disti, posse tecum adhuc agi judicati: sed si usus fructus interierit, liberari ait [39]).

Ulpian referirt hier obige Worte des Celsus, aber mit Weglassung des Pfandverhältnisses, so wie der ausdrücklichen Hervorhebung der nr. 2.

L. 9. §. 4. de dolo (Ulpian).

Et si servum pignoratum noxae mihi dederis per judicem, et ita [40]) absolutus, de dolo teneris, si apparuerit esse [40a]) eum pignori datum.

So viel ist klar, daß schon die bloße Kunde eines dinglichen Rechts, nicht erst die wirkliche Eviction eine Klage des Empfängers gegen den Eigenthümer begründet. Daß aber diese Klage hier eine actio de dolo ist, während Ulpian in demselben Werke (ad Ed.), so wie Cel-

---

39) L. 4. cit. §. pen. Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa judicati descendit.

40) Vulg. dederis et per judicem sis absolutus. Vrgl. die Noten bey Gebauer, und oben §. 16. Note 73.

40 a) Des Cujacius (cit. Note 45) Emendation in scisse scheint unnöthig, indem Ulp. gewiß den regelmäßigen Fall, daß der Eigenthümer die bestehende Verpfändung kennt, vor Augen hatte; und daß die actio de dolo — dolus erfordert, wird dennoch niemand läugnen.

sus, in den beyden vorhergehenden Gesetzen eine a. judicati gaben, habe ich oben schon durch die Bemerkung beantwortet, daß in dem einen Falle, nämlich hier, von Absolution, in dem andern von Condemnation gesprochen war. Jene hat sich der Geber dolose erschlichen durch Verheimlichung des Pfandrechts; gleiche Dissimulation hat er sich allerdings auch hier zu Schulden kommen lassen, allein da der dolus hier nicht in der gehörigen Erfüllung des Urtheils lag, so fällt wegen der dort nicht möglichen a. judicati die subsidiäre a. de dolo weg [41]. Die Glosse [42]) hat über diese vermeinte Antinomie zwey durchaus unbrauchbare Meinungen, nämlich entweder sey im Falle der L. 9. §. 3. der Sklave nicht per judicem übergeben (?), obgleich die Absolution in judicio statt fand, oder es sey daselbst der Geber von der litis aestimatio frey gesprochen, in den beyden andern Fällen dagegen darauf verurtheilt worden, habe aber die noxae datio gewählt; als könnte der Richter nach Belieben auf das eine oder das andere erkennen, wiewohl dies unsre Frage gar nicht löst. A. Faber [43]) verwechselt die actio judicati mit derjenigen Klage, welche nach ergangenen Urtheile wegen

---

41) Vrgl. L. 20. §. 1. L. 25. de dolo (4. 3).

42) Glossa in l. 9. §. 3. cit.

43) Ration. ad L. 9. §. 3. cit. ad l. 20. §. 1. eod.

statt gehabten dolus aufs neue erhoben werden konnte, ein Fall, wovon L. 25. de dolo spricht, und vereinigt mit dieser Stelle L. 20. §. 1. eod. eben so, wie L. 9. §. 3. mit den übrigen, daß nämlich eigentlich immer die alte Klage (a. judicati bey ihm) wieder angestellt werden könne, aber wegen vorauszusehender exceptio rei judicatae in dem einen Falle lieber die actio als die replicatio doli 43 a) gebraucht werde 44). Cujacius 45) bemerkt: „consequens videtur eum non teneri actione judicati qui servum dedit in noxam, cum is qui accepit adversus fructuarium retineat?" antwortet aber richtig: „repellitur fructuarius non ipso jure sed per exceptionem" etc. da doch plenum dominium übergehn müßte. Allein seine Erklärung der L. 9. §. 3. ist auch sehr gezwungen. Durch noxae datio sey die sententia des Richters präoccupirt worden, folglich müsse die a. judicati wegfallen, „non ex sententia,

---

43 a) Daß grade umgekehrt in einem solchen Falle die replicatio, nicht die actio doli statt findet, beweist L. 25. de dolo und arg. l. ult. eod.

44) Noch willkührliche Distinctionen werden deshalb gemacht ad leg. 7. §. pen. eod. und Cujac. hart getadelt, welcher in lib. 11. Pauli ad Ed. ad l. 20. (Opp. T. 5. p. 152) die richtige Erklärung jener beyden nicht hierher gehörigen Gesetze gab.

45) Ad T. D. de re jud. L. 4. §. ult. (Opp. T. 10. p. 1209), ad Tit. de dolo l. 9. §. 3. (Opp. T. 1. p. 980).

sed ex arbitrio quod praecessit fuisti condemnatus, atque ita non poterit esse a. judicati." Aber nicht Condemnation sondern Absolution bewirkt hier die noxae datio, und auf Erfüllung eines absolutorischen Urtheils läßt sich freylich nicht klagen, sondern nur Berufung auf den dolus ist möglich, welcher den Kläger durch den Schein vollkommener Befriedigung seinen Gegner frey zu geben vermochte.

§. 72.

Zu §. 70. gehört ferner

L. 17. §. 1. de N. A. (Paulus).

Si plures ejusdem servi nomine noxali mecum agere velint, vel si unus pluribus judiciis ejusdem servi nomine agat, in quo ususfructus tuus, proprietas mea sit, officio judicis continebitur, cum eum noxae dedero, ut etiam usumfructum actoris faciam: sed per Praetorem id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogat Praetor te pro aestimatione ususfructus conferre ad litis aestimationem, aut usufructu cedere, si hoc expediat: et si ego dominus proprietatis eum servum nolui defendere, defensio tibi permittenda est, et si damnatus hominem tradas, et adversus me tueris.

L. 17. §. pen. de usufr. et quemadm. (Ulpian).

Proprietarius autem et servum noxae dedere poterit, si hoc sine dolo malo faciat: quoniam noxae deditio jure non peremit usumfructum: non magis quam usucapio proprietatis, quae post constitutum usumfructum contingit. Debebit plane denegari ususfructus persecutio, si ei, qui noxae accepit, litis aestimatio non offeratur a fructuario.

Darnach haben also auch die Besitzer dinglicher Rechte die Wahl zwischen deren Verlust oder Aestimation, und ihr Recht kann durch den bloßen Proprietar ipso jure nicht untergehn. Aber eben weil deswegen eine volle noxae datio von Seiten des Proprietars allein nicht möglich ist, so kann er nach L. 17. §. 1. den Inhaber des dinglichen Rechts zwingen, sich sogleich zu entscheiden, damit ihn nicht die im vorigen §en erwähnten Klagen treffen. Die Auslösung des noxae Gegebenen auch von Seiten eines Usufructuars, deren der Schluß des letzten Gesetzes im Allgemeinen gedenkt, muß auf den Fall schuldlos versäumter Verfolgung beschränkt werden, wie sich ergibt aus

L. 27. pr. de N. A. (Gajus).

Si noxale judicium agitur de servo, qui pignoris jure tenetur, aut de eo, cujus ususfructus alterius est, admonendi sumus, si creditor vel

usufructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, Proconsulem interventurum et pignoris persecutionem vel ususfructus actionem negaturum. Quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari: nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur. Ususfructus autem, etiam si persecutio ejus denegetur, ipso jure durat, eousque donec non utendo constituto tempore pereat.

L. 3. si ex nox. caus. (Ulpian).

Si cum usufructuario noxali judicio agetur, isque servum non defenderit: denegatur ei per Praetorem ususfructus persecutio.

Also im Fall der Gegenwart, d. h. beym Mangel gültiger Restitutionsgründe, geht der Nießbrauch zwar nicht ipso jure unter, aber eine Einlösung durch aestimatio ist dennoch nicht gestattet, und der Berechtigte hat es seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben, daß ihm die Verfolgung seines Rechts nicht mehr möglich ist. Das Pfandverhältniß wird sogar wirklich ipso jure getilgt, weil Gewährung der Sicherheit den Character des Pfandes ausmacht, so daß es seinem Wesen durchaus widerspricht, das Pfand ohne Vertheidigung aus den Händen gehn zu lassen; durch solchen Nichtschutz erscheint daher das Pfandverhält-

niß als aufgelößt, und dessen Verfolgung braucht nicht erst durch exceptio unkräftig zu werden [46]). —

Daß der ususfructus nur an den Eigenthümer cedirt werden kann [47]), macht keine Schwierigkeit, denn auch der noxae accipiens, wenn er nur ope exceptionis geschützt ist, ist selbst Proprietar. Daher kann es kommen, daß auf diesen letztern der ususfructus dennoch ipso jure übergeht [48]), wenn z. B. in Abwesenheit des Eigenthümers der usufructuar defendirte und noxae gab, wodurch die Proprietät nur mittelst Exception erworben werden kann, während der umgekehrte Fall noch gewöhnlicher ist. Aber es kann auch die volle Cession von Seiten beyder bewirkt werden, wie dessen L. 17. §. 1. gedenkt.

§. 73.

Durch Justinian ist bekanntlich aller schon vorher unbedeutende Unterschied zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthume aufgehoben worden. Eben so hat die

---

46) Cujacius l. c. gibt über diesen Punct folgende Erklärung: „quia pignus constituitur jure praetorio, atque ita pacto nudo ipso jure ei denegatur Serviana, ususfructus autem jure civili, itaque non perimitur, nisi alio jure civili." Ihm folgt Faber ad Leg. 27. pr. cit.

48) L. 66. de jur. dot. (23. 3), §. 3. I. de usufr. (2. 4).

48) L. 26. §. 6. de N. A.

Distinction zwischen ipso jure und ope exceptionis, obgleich in den Pandecten noch genau bemerkt, mit aufgehobenem ordo judiciorum [49]) ihren wesentlichen Character verloren [50]), und vielleicht ist es nur noch der durch das Alter zu fest begründete Namenunterschied, oder die Beschwerlichkeit des Interpolirens, was jene Eintheilung in ihrer alten Bedeutung noch erhalten hat. Daß L. 112. de R. J. [51]) im ursprünglichen Zusammenhange auf die exceptio restitutae hereditatis ex Scto. Trebelliano ging, da sie in Lib. 8. Pauli ad Ed. stand, hat auf seine Weise Cujacius [25]) gezeigt. Aber vielleicht hat sie Tribonian absichtlich als allgemein und zu seiner Zeit unbeschränkt geltende Regel in den generellen Titel de reg. jur. gestellt; wiewohl es immer wahr bleibt, daß auch zu Paulus Zeit der Unterschied nur in der Förmlichkeit der Procedur lag.

§. 74.

Wer ist zur Noxalklage berechtigt?

Diese Frage mag die Untersuchung über die Art und den Uebergang der Rechte durch noxae datio beschließen. —

---

49) §. ult. I. de interd.

50) Vrgl. Hugo Rechtsgesch. §. 397.

51) Nihil interest ipso jure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur.

52) In lib. 8. Paul. ad Ed. l. c. (Opp. T. 5. p. 112).

Bey den Noxalklagen gegen den Herrn des Sklaven läßt sich dies nicht allgemein beantworten; da es immer darauf ankömmt, wem die actio ex delicto ihrer Natur nach zusteht, so daß z. B. die aquilische jeder Eigenthümer, die Diebstahlsklage jeder Interessirte hat. Nur für die actio de pauperie, bey welcher Haupt- und Noxalklage zusammen fällt, muß dies besonders beantwortet werden, nämlich so, wie dies Paulus thut in L. 2. pr. si quadrup.

Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cujus interest, competit: veluti ei, cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati.

Es fragt sich hier nur, wie die Abweichung von der analogen aquilischen Klage zu erklären ist. Ich will mit des Cujacius Worten wieder geben, was man einstimmig dafür angibt: „Quia praestare commodatarius et conductor diligentiam debet in servanda re sibi commodata vel locata: quam si adhibeat facile consequetur, ne eam rem quadrupes deteriorem faciat: sed ne homo eam deteriorem faciat, qui viribus antecellit, nulla cura assequi potest" [53]). Es läßt

---

53) Cuj. in Lib. 22. Pauli ad Ed. ad l. 2. cit. (Opp. T. 5. p. 322). Vrgl. Mendoza Lib. 3. cap. 7. sect. 2.

sich indessen einestheils nicht behaupten, daß man sich vor den Verletzungen eines Menschen nie sicher stellen kann, wie man schon Cujacius durch seinen eigenen Zusatz: qui viribus antecellit, schlagen kann, denn wenn nun umgekehrt grade dieser Stärkere der Miether ist, so ist es ja eben derjenige, welcher sich gegen den Schwachen wirklich schützen kann. Anderntheils aber kann man sich auch gegen Beschädigungen der Thiere nicht immer sichern. Nur so viel kann man sagen, daß derjenige, welchen ein damnum datum trifft, die Präsumtion der Unschuld für sich, wie der Befohlene die der Schuld gegen sich hat [54]). Jene Präsumption muß aber bey den Verletzungen der Thiere dieselbe seyn, und es läßt sich hier aus der Natur der Sache nicht raisonniren. — Unsre Frage geht aber nicht dahin, warum auch der Nichteigenthümer die actio de pauperie, sondern umgekehrt, warum die aquilische Klage nur der Eigenthümer u. s. w. habe? Davon liegt aber bekanntlich der Grund in der engen Fassung des

in fin. Noodt ad Tit. si quadrup. — Eine Spur dieser Meinung findet sich schon bey dem Scholiasten der Basiliken (L. 60. Tit. 13. T. 7. p. 75. 76), wonach aber überhaupt keine custodia gegen damnum schützen soll, daher L. 2. cit. in Lib. 60. Tit. 2. p. 40. durch specielle Uebernahme dieser Gefahr erklärt wird.

54) Hasse, die Culpa, S. 537. folgg.

aquilischen Gesetzes, so daß die Römer schon bey Ausdehnung auf dingliche Rechte ihr Gewissen durch eine actio utilis verwahren mußten. Die 12 Tafeln kannten diese Beschränkung bey der a. de pauperie nicht, folglich auch nicht die Interpretation. —

Daß die Noxalklagen, aus Delicten entspringend, auch von des Verletzten Erben angestellt werden können, versteht sich von selbst [55].

---

55) L. 1. §. ult. si quadr. L. 42. §. 2. de N. A.

Neuntes Capitel.

Die Noxalklagen in Concurrenz mit den Klagen aufs Ganze.

§. 75.

Wenn der Eigenthümer eines Sklaven oder eines Thiers eigner Schuld wegen belangt wird, so geht die Klage in solidum, d. h. auf vollen Schadensersatz und auf die Privatstrafe, wenn die Klage poenal ist. Ihr fehlt denn auch natürlich aller noxale Character, und der Thäter haftet unbedingt, auch nach des Sklaven Tod, Veräußerung, Manumission u. s. w., und nur sein Tod kann der Klage, da sie auf einem Delicte beruht, ein Ende machen [56].

Die Klage kann mit der noxalen electiv concurriren, insofern des Herrn Schuld die des Sklaven nicht ausschließt, oder nur allein zustehn, wenn diesem nichts zur Last fällt. —

56) L. 2. pr. §. 1. L. 5. de N. A.

Solche actiones in solidum neben den noxalen sind

I. Gegen den Herrn im Falle des Befehlens oder Gestattens [57])

Was den Befehl betrifft, so kann den Sklaven in so weit kein Vorwurf treffen, als er zum Gehorsam verpflichtet war, sondern nur den Herrn trifft grade die Klage, welche aus der durch seinen Befehl verursachten Handlung entsteht [58]). Allein obgleich es allgemeines Princip ist, daß der Sklave des Herrn Befehle auch zu Vergehen be-

---

57) L. 2. 3. 4. 5. de N. A. L. 45. pr. ad leg. Aq. L. 21. §. 2. de act. rer. am. (25. 2). L. 1. §. 1. ne quis eum qui in jus. (2. 7). L. 2. de eo per quem fact. (2. 10). L. 5. si fam. furt. (57. 6). L. 4. §. 3. de edend. (2. 13). Cujac. in lib. 22. Pauli ad Ed. leg. 10. de N. A. (Opp. T. 5. p. 328), auch in lib. 3. eod. ad l. 4. de N. A. (p. 42). Da einem Pupillen alle scientia fehlt, so haftet er nur noxaliter, und darauf ging nach Cujac. in lib. 6. Pauli ad Ed. ad l. 110. §. 2. de R. J. (Opp. T. 5. p. 98) der allgemeine Satz dieses Gesetzes: „pupillus pati posse non intelligitur." — Vrgl. übrigens o. §. 3. — In Petri exceptiones leg. Rom. Lib. 3. cap. 49. wird das „videre et prohibere nolle" sogar auch auf ein damnum animalis bezogen.

58) L. 157. pr. de R. J. L. 159. pr. eod. L. 37. pr. ad l. Aquil. L. 11. fin. de his qui notant. (3. 2). L. 1. §. 12. 15. L. 13. §. 10. 11. 12. de vi (43. 16). L. 13. §. 7. quod vi aut clam (43. 24). L. 14. 15. pr. §. 1. 2. 3. ad leg. Corn. de fals. (48. 10).

folgen muß [59]), so ist doch bey befohlenen schweren Verbrechen, wie Diebstahl, Mord, Hochverrath grade im Gegentheil Ungehorsam Schuldigkeit [60]). So viel ist dabey gewiß, daß diejenigen Fälle, wo sich der Sklave durch Gehorsam nicht entschuldigen kann, mit denen der bloßen patientia domini gleich beurtheilt werden müssen, nämlich dahin, daß zwar der befehlende oder gestattende Herr immer als schuldiger Thäter erscheint, deshalb aber eine Noxalklage des Sklaven wegen nicht ausgeschlossen ist. Denn daraus, daß der Herr das Delict gestattete, kann keine Entschuldigung für den Sklaven, sondern nur eine Beschuldigung des Herrn abgeleitet werden; und ein Gleiches muß bey den Befehlen gelten, welchen der Sklave

59) S. die vor. Note. So in L. 15. §. 3. cit. — Servos, cum dominis suis parent, necessitate potestatis excusari. — Dazu L. 13. ad leg. Falc. (35. 2). L. 20. de O. et A. (44. 7). Cujac. in lib. 37. Pauli ad Ed. l. 21. rer. amot. (Opp. T. 5. p. 571).

60) L. 157. pr. d. R. J. L 17. §. 7. de inj. (47. 10). L. 21. §. 1. de. de A. R. A. (25. 2). L. 20. cit. de O. et A. L. 11. §. 7. quod vi (43. 24). — Seneca de benef. lib. 3. cap. 20. „non aut nos omnia jubere possumus, aut in omnia servi parere coguntur. Contra rempublicam imperata non facient, nulli sceleri manus commodabunt.“ Vrgl. Cujac. in Lib. 37. Quaest. Papin. ad l. 13. ad leg. Falc. (Opp. T. 4. p. 826), und l. c. (Note 59), wo bemerkt wird, daß in dieser Hinsicht der Sklave selbst dann als frey handelnd angesehen werden muß, wenn ihm sein Ungehorsam Todesstrafe drohte.

nicht gehorchen durfte, die für ihn darum als nicht vorhanden gelten müssen, weil es ihm nicht zur Entschuldigung gereicht, sich durch sie bestimmen zu lassen.

§. 76.

Für den Fall der scientia ist dieses Raisonnement ausdrücklich enthalten in L. 2. de N. A. [61]), wobey die

61) (Ulpian.) Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat: ipse enim videtur dominus occidisse; si autem insciente, noxalis est: nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat. §. 1. Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit. In tantum ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum, vel in partem, vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse: domino jubenti optemperavit. Et sane, si jussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem XII tabularum: nam in lege antiqua si servus sciente domino furtum fecit, vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis, nec dominus suo nomine tenetur: at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem: XII tabularum, quasi voluerit, servos dominis in hac re non obtemperare: Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Julianus libro octagesimo sexto scribit, si servus furtum faxit,

Bestimmungen über den Befehl vorerst außer Acht bleiben mögen, um das Schwankende durch das Gewisse vorzubereiten. — Es wird nämlich daselbst unterschieden, ob der Sklave auf Befehl oder mit Wissen des Herrn schadete. In dem letzteren sahen die 12 T. nicht, wie bey dem Befehlen, ein Vergeben des Herrn, sondern nur des Sklaven, das aquilische Gesetz setzte auch die patientia dem Befehlen gleich, wodurch aber keineswegs, wie Celsus meinte, den 12 T. widersprochen, und der Sklave entschuldigt, sondern nur der Herr auch noch dazu verantwortlich wird. Auf diese Weise entstehn zwey Urheber desselben Delicts, Herr und Sklave, zwischen welchen der Verletzte die Wahl hat. Dadurch wird aber nicht, wie Hasse meint, der Herr doppelt bedrängt, „indem dies der Natur einer actio poenalis angemessen sey," vielmehr würde bey jeder blos reipersecutorischen Klage ex delicto dasselbe Resultat eintreten. Das „dominum onerare" heißt nicht den Herrn härter bedrängen, sondern bildet den

---

noxiamve nocuit, etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali judicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset sed dominum oneret. Nos autem secundum Julianum probavimus, quae sententia habet rationem, et a Marcello apud Julianum probatur. — Im Ganzen ist das Gesetz schon richtig erklärt von Cujac. in lib. 4. Quaest. Pauli ad l. 26. 27. de LL. (Opp. T. 5. p. 971. seqq.). Noodt ad leg. Aq. cap. 10. p. 153. und Hasse S. 23 — 27.

Gegensatz zu „non servum excusare," die Verantwort-wortlichkeit des Herrn gereicht darum noch nicht dem Sklaven zum Vortheil. Hasse wurde freylich durch den Gedanken geleitet, eine Noxalklage beruhe auf des Herrn Schuld, und deshalb treffe diesen ein verdienter Nachtheil. Ein größerer Nachtheil ist aber hier an sich unmöglich, da mehr wie mit der aq. Klage durch die noxale nicht gefordert werden kann, weil letztere die aq. Kl. selbst ist, mit dem gelinderen Zusatz der gestatteten noxae datio. Obgleich aber Ersatz und noxae datio nicht gefordert werden kann, so ist die Erörterung doch wichtig, da die Noxalklage nur gegen den Herrn als Repräsentanten geht, folglich mit dem Eigenthümer wechselt, die volle aquil. Klage aber gegen den ersten Herrn auf immer als Thäter, und dies ist es, worauf unser Gesetz im Anfange aufmerksam macht.

§ 77.

Daß der Befehlende noch weniger Entschuldigung findet, als der blos Gestattende, ist klar, und schon in den 12 T. geordnet, während die Gleichstellung der scientia später war. Eben so versteht es sich, daß der Befehl da, wo der Sklave nicht gehorchen darf, für die juristische Beurtheilung als nicht vorhanden in Bezug auf den letzteren gilt [62]). So gewiß es nun auch ist, daß nur bey

---

62) Vergl. Note 60. L. 17. §. 7. de inj. Si jussu domini

leichteren Vergehen der Sklave sich mit dem Befehl entschuldigen kann, bey schweren aber eben so wenig, wie durchweg im Falle bloßer scientia, so sehr macht doch die L. 2. cit. Schwierigkeit. Denn des Celsus Meinung, daß die L. Aquilia den gehorchenden Sklaven für unschuldig erkläre, und nur den befehlenden oder gestattenden Herrn belästige, widerspricht Ulpian allein in Bezug auf das Letztere, während er vom ersten Falle bemerkt: „et sane si jussit potest hoc dici" nämlich daß keine Noxalklage dann statt fände, was doch Ulpian selbst in mehreren der Note 60. cit. Gesetzen nicht zugibt. — Daher meint Noodt wirklich, die L. Aquilia entschuldige den Sklaven im Falle des Befehls, die 12 T. aber und andere Gesetze nicht, wenn von einem Tödten oder sonstiger atrocitas die Rede sey. Allein es wäre unbegreiflich, wie das aquilische Gesetz es entschuldigen konnte, dem Befehle des Mordens zu gehorchen, zumal da in den älteren Zeiten die Gewalt der Herren über ihre Sklaven immer unbeschränkter, also die

---

servus injuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine. Sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem: quia et noxa caput sequitur, nec in omnia servus domino parere debet. L. 20. de O. et A. Servus non in omnibus rebus sine poena domini dicto audiens esse solet: sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum jussisset. Quare quamvis domini jussu servus piraticam fecisset, judicium in eum post libertatem reddi oportet. —

Gefahr des Ungehorsams weit größer war. Außerdem sind die Gesetze, welche befohlene atrocitas dem Sklaven zu verüben verbieten, eben so gut wie die L. 2. von Justinian recipirt. Demnach müssen die hier beyläufig und allgemein hingeworfenen Worte durch jene Gesetze beschränkt werden. Das pr. darf man nicht so weit herunterziehen, daß das dort erwähnte Tödten unter den erlaubten Gehorsam subsumirt würde. Ulpian ist es nur darum zu thun, des Celsus Interpretations- und Vereinigungsart des aquil. Gesetzes mit den 12 Taf. zu widerlegen, wozu er die scientia wählte, als das sprechendste Beyspiel, bey welchem es sogleich in die Augen fiel, daß sie den Sklaven darum noch nicht entschuldigt, weil eine neue Verordnung den Herrn verpflichtet. Beym Befehle aber, meint Ulpian, könnte man es wohl zur Noth noch sagen (potest hoc dici), „sed male" sagt die Glosse lakonisch; aber wie ließe sich beym bloßen non prohibere eine Rechtfertigung des Sklaven denken? Damit ist nicht eingeräumt, daß in allen Fällen des Befehls der Sklave frey sey, vielmehr muß man da, wo Gehorsam verboten ist, eben so raisonniren, wie Ulpian im Falle der scientia, dessen Ausführung allein ihm schon zur Widerlegung des Celsus genügte.

§. 78.

Im Allgemeinen gilt also der Grundsatz, bey Delicten der Sklaven wird Befehl und patientia des Herrn als

dessen eigene Handlung, zugleich aber auch als Handlung des Sklaven angesehen, letzteres jedoch nicht bey kleineren Vergehn, wo der Befehl zur Entschuldigung gereicht. Beyde, der befehlende (gestattende) Herr und der Mit- oder neue Eigenthümer oder der frey gewordene Sklave selbst, haften electiv [63]); nur kann der Kläger, wenn er in dem einen Fall durch noxae datio befriedigt ist, von demjenigen, welcher eigner Schuld wegen verantwortlich gemacht werden kann, noch das Uebrige fordern [64]).

---

63) L. 5. pr. de N. A. Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale judicium in quemvis dabitur. Sed si omnibus scientibus, quivis eorum tenebitur, detracta noxae deditione: quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur.. Sed, si alter scit, alter ignoravit, qui scit, detracta noxae deditione convenitur, qui nescit, cum noxae deditione. §. 1. Differentia autem harum actionum non solum illa est, quod, qui scit, in solidum tenetur: verum illa quoque, quod sive alienaverit servum, qui scit, sive manumiserit, sive decesserit heres ejus non tenetur. L. 6. eod. Sed et ipse servus manumissus tenetur. Vrgl. L. 7. §. 1. L. 8. eod.

64) (Paulus). Si ex duobus dominis, uno sciente, altero ignorante, servus delinquit (deliquerit), si ante cum altero, qui nesciebat, actum sit, et noxae dediderit servum, iniquum est, vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari. Igitur agetur et cum altero: et, si quid amplius est in damni persecutione, consequetur, computato pretio hominis noxae dediti. —

Selbst im Laufe des Processes kann der Kläger die getroffene Wahl des Beklagten ändern, bis der eine oder andre Theil die exceptio rei judicatae entgegen stellen kann [65]. Belangte condomini haben unter einander die Theilungsklage, aber war der Verurtheilte (durch scientia u. s. w.) Selbstschuldner, so hat er keinen Regreß, „sui enim facti nomine poenam meruit;" kann jedoch umgekehrt auch von dem unschuldigen socius nur pro rata zur Erstattung des Bezahlten angehalten werden [66], weil der aus dem Eigenthume entspringende Nachtheil sie alle trifft, die eigene Schuld nur concurrirt, mithin allein

---

L. 17. pr. eod. Darauf bezieht Cujac. in lib. 6. Pauli ad Ed. l. 110. §. 1 de R. J. (Opp. t. 5. p. 98) wieder die Worte dieser L. 110. §. 1. „in eo quod plus sit semper inest et minus."

65) (Paulus) Si detracta noxae deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta, et finito judicio, amplius agendo cum noxae deditione, exceptione rei judicatae summovebitur: quia res in superius judicium deducta et finita est. Donec autem prius judicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque, si cum eo qui scit cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum, detracta noxae deditione, danda actio non est. In ipso autem judicio, si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus.

66) L. 9. eod. L. 17. pr. in fin. eod.

dem laesus selbst schadet, vom Miteigenthümer aber nicht zum Vortheile benutzt werden kann.

§. 79.

Die Concurrenz der actio de pauperie mit der aquilischen Klage läugnet Mendoza [67]), ohne eine solche offenbare Singularität zu rechtfertigen. Denn es läßt sich nicht einsehen, warum nicht diese Noxalklage eben so gut wie jede andre neben der ihr entsprechenden actio in solidum bestehn könne. Wenn z. B. Titius meinen Sklaven oder mich selbst nöthigt, vor einem ausschlagenden Pferde vorüber zu gehen, so muß mir wegen eines dadurch entstandenen Schadens eben so gut eine actio legis Aquiliae utilis gegen Titius als die actio de paup. gegen des Pferdes Eigenthümer zustehn. Was aber jene Behauptung veranlaßte, war L. 7. §. 6. de dolo.

Ulpian libr. 11. ad Ed.

Si quadrupes tua, dolo alterius, damnum mihi dederit, quaeritur: an de dolo habeam adversus eum actionem? Et placuit mihi quod Labeo scribit: si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo: quamvis si noxae deditio sit secuta, non puto dandam, nec in id quod excedit.

---

67) Lib. 3. cap. 7. sect. 1.

So viel ist gewiß, daß der erwähnte dolus nur auf die in dem angeführten Beyspiele beschriebene Weise möglich war, nämlich durch Ueberreden u. s. w. daß man zum Thier hinzutrete; denn wäre hier von einem Reizen des Thiers selbst die Rede, so würde bekanntlich die a. de paup. durchaus unmöglich seyn. Nun gibt aber Paulus für einen ähnlichen Fall die aquilische Klage. In L. 3. pr. de servo corr. sagt nämlich Ulpian: „Dolo malo adjecto calliditatem notat Praetor ejus, qui persuadet,“ und fährt in §. 1 fort:

Unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in tectum ascendere, vel in puteum descendere, et ille parens ascenderit, vel descenderit, et ceciderit, crusque vel qui aliud fregerit, vel perierit, an teneatur? Et si quidam dolo malo fecerit, non tenetur: si dolo malo tenebitur.

L. 4. eod. Paulus libr. 19. ad Ed.

Sed commodius est, utili lege Aquilia eum teneri.

Um nun diese L. 4. mit jener L. 7. §. 6. zu vereinigen, versteht Mendoza unter der in diesem letzten Gesetze aus dem Tit. de dolo gegebenen actio de dolo die actio utilis legis Aquiliae doli nomine [67a]). Nun

---

67a) An sich ist ein solcher Sprachgebrauch nicht ohne Bey-

blieb aber noch die Frage übrig, warum diese erst dann eintrete, wenn der Insolvenz wegen die a. de paup. nicht durchgehe? Dies führte denn Mendoza zu der im Anf. des §en erwähnten Behauptung. Demnach wäre die aquil. Klage nur in subsidium der a. de paup. gegeben. Zur Unterstützung wird angeführt L. 1. §. 5. si quadr. [68]). Wenn aber in dem hierin enthaltenen Falle überhaupt eine a. de paup. Statt finden könnte, so ist es ja umgekehrt diese, welche der aquil. weicht! Dadurch entstünde ein directer Widerspruch, und es ließe sich in der That nicht einsehen, welche von beyden die subsidiäre seyn soll. Mendoza scheint dies gefühlt zu haben, denn er sagt ganz unbestimmt: „alteram actionem alteri obstare." Es ist aber im Falle der L. 1. §. 5. die a. de paup. an sich unmöglich; denn der Schaden, welchen ein Hund im Zu-

---

spiel, wie Cujac. Obs. III. 37. bey L. 1. C. de dolo (2. 21), Hasse in der Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. B. 3. H. 1. nr. 2. bey L. 14. D. de aq. et aq. pluv. arc. (39. 3) (wo es auch schon die Glosse bemerkt) gezeigt haben, und wie sich auch schon aus L. 21. pr. de evict. (21. 2), L. 14. de praescr. verb. (19. 5) ergibt, s. auch Glück, B. 5. S. 521. Note 13. welcher freylich die L. 7. §. 6. cit. ebenfalls hierher zieht.

68) Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo (alio quo der Flor. ist ein Schreibfehler) asperitate sua evaserit, et alicui damnum dederit, si contineri firmius ab alio poterit, vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit, et tenebitur, qui canem tenebat.

stande der Freyheit (si asperitate sua evaserit) anrichtet, eignet sich zu jener Klage so wenig, wie „si ursus fugit et sic nocuit," da es nicht mehr contra naturam ist, was ein nicht zahmes Thier in diesem Zustande verübt [69]). Aber es haftet in solidum wer den Hund führte und entlaufen ließ [70]), eben so wie die letzten Worte des vorhergehenden §en und der folgende nur von der aquilischen Klage sprechen. —

Daß aber in unsrer L. 7. §. 6. wirklich eine a. de dolo gegeben wird, läßt sich gar nicht läugnen, und daß sie kraft ihrer subsidiären Natur nur dann eintritt, wenn mit der Noxalklage nichts errungen wird (wohin z. B. auch des Thieres Tod zu rechnen ist, selbst nach der Einlassung im Falle der Insolvenz) ist klar, „nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est" sagt Gajus in L. 4. de dolo, und dasselbe Ulpian in L. 5. und L. 7. §. 9. eod. immer in Bezug auf die dafür gestattete a. de dolo.

---

69) Vergl. die hierdurch bestätigten §. 29. 30.

70) Dies ist wieder ein Beyspiel einer aquilischen culpa in non faciendo, wobey aber dennoch ein Thun den Anfang machte. Daß das Unerlaubte, was die aq. Klage begründet, an und für sich nicht immer ein facere seyn muß, konnte man längst nicht läugnen, vrgl. Mendoza Lib. 2. cap. 2. sect. 2. Aber Hasse, Cap. 4. S. 138 folgg. hat am gründlichsten gezeigt, daß an die Stelle jener juristisch unbrauchbaren Eintheilung eine andere treten müsse.

Warum aber in unsrer L. 7. §. 6. nicht wie in L. 4 cit. eine utilis Aq. a. gegeben wird, hat allerdings unsre Interpreten von jeher beschäftigt. Accurs [71]) und viele nach ihm [72]) unterscheiden zwischen dolus in committendo und in omittendo, ein Nothbehelf, welcher wohl keiner ausführlichen Widerlegung bedarf. Abgesehen davon, daß er auf der falschen Ansicht von culpa in faciendo und in non fac. beruht (s. Note 70), läßt sich auch nicht begreifen, wie unser Gesetz von einem klagbaren omittere verstanden werden könnte. Cujacius bemerkt bey der L. 7. §. 6. es fände der fraus wegen die a. de dolo Statt, und bey L. 4. läßt er aus der durch täuschende Ueberredung entstandenen Verletzung ex lege Aquilia klagen, ohne sich weder hier noch dort über deren Ausschließung in dem einen Falle zu erklären [73]), und doch wäre die a. de dolo unmöglich, wenn man irgend eine andere anstellen könnte. —

§. 80.

Die Sache ist aber in der That sehr einfach. Im Falle der L. 3. §. 1. cit. de serv. corr., nämlich der

71) Glossa in L. 7. §. 6. cit.

72) J. B. A. Faber ration. ad leg. cit.

73) Vrgl. Comm. ad Tit. de dolo (Opp. T. 1. p. 977) mit Comm. in lib. 19. Pauli ad Ed. l. 4. cit. (Opp. T. 5. p. 250).

Ueberredung eines Sklaven, will Ulpian nur des dolus wegen eine Klage geben, also die aquilische wirklich nicht zulassen, welche hier auch durch bloße Unvorsichtigkeit dessen, der zu so gefährlichen Unternehmungen verleitet, begründet würde. Die Klage, welche Ulpian unter den Worten: „si dolo malo, tenebitur" versteht, ist die a. de servo corrupto, denn davon handelt der Titel, und davon sein lib. 23. ad Ed., woraus die L. 3. genommen ist [74]), und sie ist es auch, welche nur im Falle des dolus möglich ist [75]). Ihm widerspricht aber Paulus, der es für vortheilhafter hält, die aquil. Klage anzustellen, und mit Recht; denn obgleich auch hier eine Verführung des Sklaven Statt fand, so lag doch der Nachtheil nicht in der Verderbung des Characters, sondern in der dadurch entstandenen Verletzung seines Körpers. Ulpian raisonnirte nicht so, konnte mithin ohne Inconsequenz nicht in L. 7. §. 6. eine Klage gestatten, die er in L. 3. verwirft. Ulpian beruft sich in jener Stelle auf Labeo als consentiens; daß dieser aber in einem ganz gleichen Falle, wo indessen nur von der Contractsklage die Rede ist, ebenfalls in Beurtheilung der culpa gelinder war, und daß auch ihm Paulus in seinen An-

---

74) Vrgl. L. 1. eod.

75) L. 1. pr. eod. — Wollte jemand Ulpians Worte auf die actio de dolo selbst beziehen, so entspricht dies meiner eben folgenden Ausführung noch mehr.

merkungen zu Labeo libr. 2. Pithanon widersprach, und die culpa in ihrer ganzen Strenge nahm, ersehen wir aus L. 54. pr. de A. E. (19. 1). — So viel ist also klar, daß Ulpian in unsrem vorliegenden Falle in Bezug auf den Grad der Ausdehnung des aquil. Gesetzes von Paulus dissentirte. Warum er aber in L. 7. §. 6. nicht auch von der a. de servo corrupto spricht, ist leicht zu erklären, wenn man dem Gesetze nicht den Sinn unterschiebt, daß er des Klägers Sklaven überredet habe, da er einen gleichen dolus recht gut gegen den Kläger selbst ausüben konnte, denn das damnum mihi dare kann wenigstens auch heißen, er hat es mir selbst gethan. Die Consequenz forderte also, daß Ulpian aus demselben Grunde hier die a. de dolo gab, aus welchem er dort die a. de servo corr. zuließ.

Wir haben also hier eine erwiesene Antinomie, d. h. bey der man keine Vereinigung versuchen darf, weil uns die Compilatoren selbst in L. 3. und 4. Ulpian und Paulus als controvertirend aufstellten, mithin der Widerspruch auch da zugegeben werden muß, wo es Tribonian versäumte den corrigirenden Gegner sogleich daneben zu stellen. Auch ist hier für den Practiker Rath, denn daß man die an der einen Stelle sanctionirte Verbesserung auch an der andern suppliren müsse, ist außer Zweifel. Zugleich ist dies wirklich noch jetzt von Bedeutung. Denn wer von einem andern überredet vor einem schädlichen Thiere vorübergeht, kann nun schon im Falle der culpa,

und ohne Insolvenz des Eigenthümers, und nach geschehener noxae datio auch auf den Rest des erlittenen Schadens, gegen den Verführer klagen, wenn gleich manche andere Verschiedenheiten (Berechnung des Schadens, Infamie u. s. w.) unpractisch sind.

§. 81.

Eine actio in solidum findet Statt.

II. Gegen denjenigen, welcher doloser Weise sich des Besitzes (seines Sklaven oder Thiers) entäußert hat.

Sie beruht auf dem Grundsatze: dolus pro possessione est [76]), verbunden mit der durch eigne Schuld verursachten Unmöglichkeit der noxae datio [77]). — Diese vom Prätor eingeführte Klage wird auch eine prätorische genannt im Gegensatze des judicii civilis [78]), weshalb Cujacius [79]) in L. 24. de N. A. [80]) das

76) L. 13. §. 2. L. 14. L. 25. §. 8. D. de hered. pet. (5. 3). L. 27. §. 3. L. 36. pr. de R. V. (6. 1). L. 16. §. 3. D. de pignor. et hyp. (20. 1). L. 131. de R. J. (50. 17).

77) L. 12. 26. §. 2. L. 39. pr. §. 1. 2. 3. 4. de N. A. L. 2. si ex nox. caus. L. 17. de interr. (11. 1).

78) L. 26. §. 2. L. 39 pr. de N. A.

79) Obs. XII. 9. (Opp. T. 3. p. 642). In lib. 6. Pauli ad Ed. l. 2. si ex nox. (Opp. T. 5. p. 96).

80) (Paulus). De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus in potestate habe-

erste „noxalis“ wegstreichen oder durch „honoraria,“ „Praetoria“ ersetzen will, wofür allerdings spricht, daß diese Klage gar keine noxale mehr ist, und L. 24. ausdrücklich sagt, die Anstellung dieser Klage verdränge die noxalis actio. —

Alles Characteristische dieses Rechtsmittels nun erklärt sich aus der Grundansicht, daß es auf der prätorischen Fiction beruht, den Nichtbesitzer als Besitzer anzusehen, mithin den Verletzten gegen jeden Nachtheil zu sichern, welchen ihm die dolose Veräußerung zuziehen könnte — id enim Praetor introduxit ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret [81]). Es fällt also dieses für den Nothfall gegebene Hülfsmittel auch mit der Ursache hinweg. Daraus folgt, daß diese Klage nur so lange gestattet werden kann, als die Noxalklage selbst möglich war, weil sonst jener dolus unschädlich ist, also aufhört durch des Sklaven oder Thieres Tod, beym statuliber durch Eintritt der Bedingung, unter welcher ihm die Freyheit versprochen war: auch wenn die Klage gegen diesen selbst unwirksam wäre, da hier das Freywerden von dem Wil-

ret, actio locum habeat (noxalis), si ex dolo ejus acciderit, ut cesset noxalis actio, forte si servo suo fugam mandavit: an et si possit nihilo minus cum alio agi, quod accidit, cum alienatus manumissusve est. Quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere.

81) L. 26. pr. de N. A.

len des dolosen Veräußerers oder neuen Eigenthümers unabhängig ist. Nicht so bey der Manumission, denn entweder war sie die dolose Entäußerung selbst, oder sie geschah von demjenigen, welchem der Sklave dolose alienirt wurde, also doch immer durch Schuld des ersten Eigenthümers, in deren Ermanglung die Noxalklage nicht weggefallen wäre. — Diese Befreyung durch Tod oder Eintritt der conditio statutae libertatis von unsrer und nothwendig auch von der Noxalklage gilt natürlich nur so lange nicht Litiscontestation deshalb eintrat, oder die Einlassung durch mora aufgehalten wurde, weil das durch litis contestatio einmal **Begründete** durch nachherige Umstände nicht mehr vereitelt wird, und ferner keine Verzögerung den Morosen zum Nachtheil des Unschuldigen begünstigen darf. —

§. 82.

Das Ausgeführte ist enthalten in folgenden Gesetzen.

L. 26. §. 4. de N. A. **Paulus** libr. 18. ad Edict.

Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit prius, quam hac actione convenireris, liberaris: quia haec actio **in locum directae actionis succedit.** Diversum dicemus (der Tod befreyt dich nicht) si moram feceris in judicio accipiendo (was der **geschehenen** Einlassung gleich ist).

L. 16. eod. Julianus libr. 22. Dig.

Si heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet, et propter hoc judicium sine noxae deditione acceperit et [82]) impleta conditione statutae libertatis, condemnari debebit, sicuti mortuo servo condemnaretur.

L. 39. §. ult. eod. Julianus libr. 22. Dig.

Sed et mortuo servo, antequm judicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus, (sc. praetoria etc.).

Etwas anderes ist übrigens, wenn der Tod der Litiscontestation vorangieng, und von dem dessen unkundigen Eigenthümer eine Noxalklage angenommen wurde, denn dann hört auch die Klage selbst auf, weil die Einlassung eines Defensors für den nicht mehr Vorhandenen ohne Kraft ist.

L. 42. §. 1. eod. Ulpian libr 37. ad Ed.

Si quis pro servo mortuo, ignorans eum decesisse: noxale judicium acceperit, absolvi de-

82) D. h. etiam, wie einige Codd. lesen. Auch die Basiliken haben καὶ, daher die Lesart vieler Vulgathandschriften, welchen das et fehlt, gewiß zu verwerfen ist. Denn der Sinn ist: nur nach der litis cont. wird er auch durch Eintritt der Bedingung nicht frey, so wenig wie er es in diesem Falle durch des Sklaven Tod würde — „auch" d. h. grade so wie wenn die Erfüllung oder der Tod nicht Statt gehabt hätte, weil dies alsdann keinen Unterschied macht.

bet: quia desiit verum esse, propter eum dare oportere.

Wir sehen also hieraus, daß nur in den beyden angegebenen Fällen und mit der hinzugefügten Beschränkung, so wie aus den bemerkten Gründen, die prätorische Klage wegfällt, auch daß und warum wir nicht berechtigt sind, die Manumission hinzuzufügen; denn der dolus liegt in der vorausgesetzten Prämisse, und die beym Todesfalle u. s. w. eintretende Entschuldigung, die Noxalklage und somit auch die stellvertretende wäre ja doch unmöglich, fällt hierbey weg. In dem Folgenden finden wir auch, daß die Klage bey der Manumission unbedingt Statt hat.

§. 83.

So wenig die sub I. erörterte Klage gegen den befehlenden (wissenden) Herrn die Noxalklage ausschließt, eben so wenig kann sie hier versagt werden. Es steht mithin auch zwischen dieser prätorischen und der noxalen Klage die Wahl frey. Allein die verschiedenen zu Grunde liegenden Principien verursachen einen bedeutenden Unterschied. Dort war das Delict in der That von zweyen verübt, dem gestattenden Herrn und dem ausübenden Sklaven, der Verletzte hat mithin vollkommenes Recht auf vollständigen Ersatz von dem aus eigner Schuld Belangten, und (electiv) wenigstens auf noxae datio vom Repräsentanten. Ihm

die Wahl des Beklagten vor völlig beendigtem Processe mit dem Einen abzuschneiden, ist kein Grund vorhanden, bis der andre alsdann in der exceptio rei judicatae diesen Grund findet (§. 78). Ganz anders hier, wo nur Einer, der Sklave (das Thier) Thäter ist, auf mehr als noxae datio der Verletzte nicht Anspruch machen darf. Des Herrn Unrecht lag nur darin, daß er auch diese zu vereiteln suchte; das, will der Prätor, soll ihm mißlingen, damit der Verletzte nicht verliere, wenn er z. B. bey dem neuen Herrn oder dem libertus nicht so leicht (etwa wegen Insolvenz u. s. w.) zu Recht kommen kann; und das Haften in solidum ist hier nur eine Folge der unmöglich gemachten noxae datio. Aus diesen Grundsätzen folgt, daß, wenn einmal der Verletzte seine Wahl getroffen und demnach den neuen Eigenthümer belangt hat, gegen den ersten nicht mehr geklagt werden kann; denn die Noth, welche diese Klage einführte, fällt weg, sobald es dem Verletzten genügte, sein Recht bey einem andern zu suchen. Ja es muß noch weiter folgen, daß Sicherheit und Leichtigkeit sein Recht von dem andern zu fordern, der doch eigentlich (noxaliter) haften muß, für den Veräußerer eine Exception begründet. Dies sagt Paulus, indem er in L. 24. de N. A. (s. Note 80) die Frage: ob nur wenn der dolus die Noxalklage durchaus verhindert, wie beym Anrathen zur Flucht, oder selbst dann die prätorische Klage eintrete, wenn die Noxalklage u. s. w. möglich sey —

an et si [83]) possit nihilominus cum alio agi, quod accidit, cum alienatus manumissusve est — dahin beantwortet: daß doch das Letztere richtiger sey, und dem Kläger die Wahl des Beklagten zustehe; aber, setzt er hinzu, Julianus bemerkt de eo qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissus exceptionem dandam ei qui manumisit. Hoc et Labeo. Die Erläuterung ist nun schon gegeben. Eine als L. 25. hereingesetzte Stelle des Gajus fügt ergänzend hinzu: idem est et si novus dominus servi judicium patiatur [84]); und dann greift Paulus in der als L. 26 fortgeführten Rede seine durch die selbstgemachte Parenthese (des Julians Bemerkung) unterbrochenen Worte wieder auf, und fährt fort: electio vero alterum liberabit: id

83) Sehr mit Unrecht zieht Brenkmann (bey Geb.) mit Hal. die Lesart, welche das si wegläßt, der Flor. vor, weil dann der ganze Gegensatz zwischen der prätorischen (si acciderit ut cesset noxalis) und der noxalen (si possit nihilo minus etc.) wegfiele, obgleich dadurch der wahre Geist dieses Verhältnisses ausgesprochen ist, ohne das „si," aber die Frage sehr schleppend wird. — Uebrigens ist es auch aus äußern Gründen eher anzunehmen, daß bey 2 vorhergehenden „si" das dritte übersehen worden, als daß man ein neues fälschlich hereingesetzt habe.

84) Die Lücke, welche Paulus ließ, indem er mit Julians Worten nur in Bezug auf Manumission einer Restriction gedachte (weil Julian in seinem Zusammenhange davon sprach) während doch der Vordersatz auch die Alienation enthielt, ergänzten die Compilatoren sehr richtig durch Gajus.

enim Praetor introduxit ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret: ideoque exceptione a sequenti [85]) summovebitur. —

L. 39. §. 2. Julianus libr. 9. Dig.

Si quis dicet dominum dolo fecisse, quo minus in potestate ejus servus esset, ille autem contendat, eum servum ab alio defendi cum satisdatione, doli mali exceptioni locus erit.

§. 3. Sed etsi post judicium acceptum cum domino servus apparuerit, et quia non defendebatur, ductus sit, exceptione doli mali posita, dominus absolvetur.

Die Execution vom Prätor selbst tritt nämlich ein, wenn die Vertheidigung unterbleibt; wer aber davon Gebrauch macht, kann nun auch vom dominus dolosus, selbst nach der Litiscontestation, nichts weiter fordern, denn er hat ja, was ihm der dolus unmöglich machen wollte.

---

85) Vulg. und Hal. „sequentibus." So durfte Tribonian interpoliren, und that es vielleicht, da er von dem novus dominus und manumissus spricht, Paulus aber redete nur von Einem, dem manumissus.

Haben mehrere dolos entäußert, so hat natürlich auch unter diesen der Verletzte die Wahl [86]).

§. 84.

Unter ganz gleichen Principien steht

III. Die Klage gegen denjenigen, welcher sich zwar des Besitzes nicht wirklich entäußerte, aber sich doch durch fälschliches Läugnen der Herausgabe zu entziehen suchte. —

So wie jene auf dem Grundsatze der ficta possessio, so beruht auch diese auf einem allgemeinen Satze, daß, wer in jure gefragt läugnete, gestraft wird, namentlich (wo es der Fall gestattet) in solidum haftet, so z. B. auch der Erbe, welcher sich zu einem kleineren Theile der Erbschaft bekannte, als er wirklich hatte [87]). — Durch die Natur des unterstellten Falls werden indessen manche Verschiedenheiten mit der vorigen Klage nöthig. Der Grundsatz nämlich, welcher alle obigen Resultate erzeugte, daß die Klage aufs Ganze nur aus Noth vom Prätor eingeführt worden, damit durch den dolus kein Schaden möglich sey, ist derselbe. Ob man durch Lügen oder Veräußern seiner Pflicht zu entgehn sucht, steht unter

---

86) L. 26. §. 1. 2. L. 39. pr. de N. A.

87) L. 11. §. 3. de interr. (11. 1) mit L. 11. §. 4. 7. eod. L. 18. §. 2. de probatt. (22. 3).

Einem Princip, aber die Verschiedenheit des Factums gibt ihm in der Anwendung eine andre Gestalt. —

Was sich von selbst versteht, daß der Kläger den Beweis jenes dolus oder dieser Lüge zu führen hat, habe ich dort einstweilen übergangen, um es hier, wo es Wichtigkeit hat, zu verbinden. In beyden Fällen nämlich kann das Eigenthum nur geläugnet werden, mag es Beklagter wie hier dennoch besitzen, oder wie dort aufgegeben haben; der Kläger hat die gewöhnlichen Beweismittel. Deferirt er den Eyd, und der Beklagte schwört ihn ab, so versteht sich von selbst, daß die Sache durch diesen eydlichen Vergleich entschieden, und [vom Beweise des Meineyds abgesehen [87 a)]] weiter kein Rechtsmittel gegen den Beklagten möglich ist [88]); gegen den Dritten freylich kann in dem Einen Fall (der Veräußerung) noch etwa eine Noxalklage (oder eine Klage gegen den libertus) Hülfe gewähren. Bringt ihn dagegen die Eydesdelation zum Geständnisse, so geht gegen den Veräußerer nothwendig die Klage in solidum, gegen den blos Läugnenden aber ist ja nun wieder der Weg der Noxalklage geöffnet, und so darf ihm denn auch, unserm allgemeinen Princip zufolge, das frühere Läugnen (wie sich noch ergeben wird) nicht schaden. —

---

87 a) S. jedoch L. 21. 22. de dolo (4. 3).

88) Ein anderer Fall ist, wenn der Kläger in einer neuen Klage auf einen nachher erst begonnenen Besitz sich beruft, L. 21. §. ult. de N. A. — si modo hoc contendat, posteaquam juratum est coepisse in potestate habere. L. 23. eod.

§. 85.

Versucht der Kläger den Läugnenden durch andere Beweismittel zu überführen, so muß das Gelingen nothwendig zur Folge haben, daß der seines dolus Ueberführte nun in beyden Fällen in solidum haftet. Im ersten Falle ist es nicht anders möglich, im zweyten hat es eine juristische Nothwendigkeit. Wenn nämlich der im Läugnen Beharrende auch nach der Ueberführung noch durch noxae datio sich befreyen könnte, so wäre jeder noxaliter Belangte ohne Unterschied zum Läugnen verlockt, weil es ihm nur nützen nicht schaden kann (die Proceßkosten allenfalls abgerechnet, was durch die Hoffnung des dem Gegner mißlingenden Beweises bey weitem überwogen wird). Wie also derjenige, welcher den Besitz aufgegeben hat, sich nun durch noxae datio nicht befreyen kann, so folgt bey demjenigen, welcher ihn geläugnet hat, daß er es nicht darf.

Mißlingt dagegen der versuchte Beweis, so ist der Beklagte vollkommen frey, und der Kläger hat im Falle des bloßen Läugnens gar kein Rechtsmittel mehr, da hier nicht, wie im andern Falle, ein dritter (Eigenthümer, libertus) noch belangt werden kann.

Indem also ein anderes Beweismittel statt der Eydesdelation gewählt wird, so kann dies beym Gewinnen nur ein Urtheil sine noxae datione, beym Verlieren ein gänzliches Abweisen zur Folge haben, und das ganze ju-

dicium hat nicht den Charakter eines noxalen; was bey der Eydesdelation nicht der Fall ist, indem dadurch die Verurtheilung in solidum immer precair bleibt, weil, sobald sich zeigt daß bloß geläugnet worden, die Revocation, mithin der Eintritt der noxae datio, immer noch gestattet ist. Sobald also in jure geläugnet worden, so läßt der Prätor die Wahl, ob man vorher den Eyd deferiren, oder sogleich auf ein judicium sine noxae deditione in oben beschriebener Weise sich einlassen wolle, und zwar sind dieses seine nun erklärten Worte:

Si is, in cujus potestate esse dicetur, negavit, se in sua potestate servum habere, utrum actor volet, vel dejerare jubebo, in potestate sua non esse, neque se dolo malo fecisse quo minus esset, vel judicium dabo sine noxae deditione [89]).

Dazu:

L. 22. §. ult. de N. A. Paulus lib. 18. ad Ed.

Si negavit dominus in sua potestate esse servum, permittit Praetor actori arbitrium, utrum jurejurando id decidere, an judicium dictare sine noxae deditione velit: per quod vin-

---

83) L. 21. §. 2. de N. A.

cet, si probaverit eum in potestate esse, vel dolo ejus factum, quo minus esset: qui autem non probaverit, in potestate adversarii esse servum, rem amittit [90]).

§. 86.

Von der prätorischen Klage gegen den dolosen Entäußerer befreyt alles das, was vor der Litiscontestation die noxale Klage selbst unmöglich machte. Bey dem bloßen Läugnen müßte dasselbe gelten, wenn der Fall möglich wäre. Aber des Factums einer dolosen Entäußerung kann man einen wohl nach des Sklaven Tode noch überführen, und ergibt sich nach erfolgter Verurtheilung in solidum, daß der Sklave vor der Litiscontestation schon gestorben war, so befreyt dieses, wie wir sahen, den Kläger. Dem Läugnenden hingegen müßte man zur Erlangung einer Verurtheilung aufs Ganze das gegenwärtige Leben (nämlich während der Einlassung), die noch nicht erfüllte Bedingung beym statuliber, nachweisen, nicht daß Beklagter einmal gelogen habe, weil ihm (wie §. 87. motivirt wird) bis zur Litiscontestation Revocation ohne Nachtheil zusteht [91]). Mithin kömmt es entweder nicht zur Einlassung aufs judicium in solidum, oder der Fall, welcher den Beklag-

90) Vrgl. noch L. 2. si ex nox. caus. L. 17. de interr. (11. 1), und für Thiere, L. 1. §. 15. si quadrup.

91) L. 26. §. 5. de N. A.

ten befreyen könnte, ist nicht vorhanden. Wahr bleibt es also, daß des Sklaven oder Thieres Tod, Bedingungs-Erfüllung beym statuliber, auch dem Läugnenden vor der Litiscontestation nicht schaden darf, aber natürlich ist, daß die Römer dies nur vom dolosen Entäußern ausdrücklich sagen, weil sonst für einen unmöglichen Fall eine Entscheidung gegeben worden wäre.

Wenn übrigens hier immer von einem Läugnen oder Gestehen vor der Litiscontestation die Rede war, so sind damit die interrogationes in jure gemeint, wodurch auch [92]) die Noxalklagen zur Ausmittlung des rechten Beklagten präparirt werden. So

L. 1. §. 15. si quadr. Ulpian. lib. 18. ad Ed.

Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, sed etiam in solidum, ut puta, si in jure interrogatus an sua quadrupes esset, responderit non esse suam, nam si constiterit esse ejus, in solidum condemnabitur.

Wir finden auch hier die zweyerley judicia genau getrennt [93]).

---

92) Nämlich ob Befragter den Sklaven besitze oder nicht, so wie in andern Fällen, ob er Erbe sey, das peculium besitze, u. s. w. vrgl. Glück B. 11. §. 745.

93) L. 5. L. 7. 14. 15. 16. 20. de interr. (11. 1).

So wäre denn nun was sub nr. II. als erste Folge des nur stellvertretenden und möglichst zu beschränkenden Characters jener prätorischen Klage angegeben worden, auch für diese in seiner veränderten Gestalt entwickelt.

§. 87.

Es ergab sich aber als zweyte Folge, daß bey bereiter Vertheidigung des neuen Besitzers (oder Manumittirten selbst) die a. in solidum gegen den dolosen Veräußerer durch Exception entkräftet werden konnte, d. h. wenn in jure der Besitz geläugnet war, so konnte man auch diesem judicio noch mit jener Einrede entgegen. Behauptet aber Kläger hier nicht dolose Veräußerung, sondern nur fälschliches Läugnen, so ist die Verweisung an einen andern Besitzer wieder unmöglich; denn der Beklagte hatte entweder wirklich die Wahrheit geredet, so ist die Klage (da dolus nicht vorhanden) selbst ungegründet, und der Beklagte braucht sich nicht durch Verweisung an einen Dritten zu schützen; oder der Beklagte war selbst Eigenthümer. Wie ist also hier der prätorische Grundsatz durchzuführen, daß auch im Falle des dolus der Kläger keinen Gewinn machen, sondern bey möglicher noxae datio diese immer noch vor der Verurtheilung aufs Ganze den Vorzug behaupten soll? Offenbar nicht anders, als daß der Kläger, welcher im Falle der bereiten noxae datio bis zur Einlassung aufs judicium in solidum sich mit derselben begnügen mußte, auch hier bis dahin genöthigt werde, so lange

Beklagter jene schaffen will, sie sich trotz der Lüge gefallen zu lassen, d. h. aber, da Beklagter selbst Eigenthümer ist, diesem Revocation seines Läugnens bis zur geschehenen Einlassung auf das prätorische judicium zu gestatten, so daß ihm erst die Beharrlichkeit bis dahin zum Schaden gereicht. Alsdann aber muß der überführte Beklagte vollen Ersatz geben, und der oben bemerkte Nachtheil, daß bey erlaubtem Wiederrufe jeder läugnen würde, hat auch nur erst Bedeutung. Denn vor angestellter Klage mag jeder läugnen, wenn er nur nicht bey der Einlassung darauf beharrt, und so den Kläger nöthigt, sich der Last des Beweises und der Gefahr des mißlingenden Beweises zu unterziehen. Bis dahin tritt ein, was Celsus zu einer erlaubten Reue fordert: licere responsi poenitere, si nulla captio ex ejus poenitentia sit actoris [94]. —

So haben denn auch die consequenten Römer, namentlich Paulus, entschieden.

L. 26. §. 5. de N. A. Paulus lib. 18. ad Ed.

Neque heredi neque in heredem [95]) quod defunctus mentitus actio danda est, nec in ipsum quolibet tempore: nam liberum esse debet defendenti absentem servum, hujus

94) L. II. §. ult. de interr.

95) Hal. liest noch de eo, and. eo.

Edicti poenam evitare, i. e. ut sine noxae deditione conveniatur. Et ideo, si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris, nisi si jam lis adversus te contestata est: nam tunc audiri non debebis, ut Labeo ait. Octavenus, ex causa etiam lite contestata tibi succurrendum; utique si aetas tua ea sit ut ignosci tibi debeat [96]).

Was also für den Läugnenden selbst möglich wird, Uebernahme der Noxalklage, konnte bey der dolosen Veräußerung nur durch Dritte geschehen, und die Begünstigung, welche im letzten Falle durch diese möglich wird, kann sich

---

96) Dieser letzte Zusatz ist aus bekannten Principien der restitutio in integrum von selbst klar. Die geschehene Einlassung des minor wird als nicht geschehen betrachtet, mithin tritt die noxale Klage noch ein. — Cujac. (Note 64. cit.) nimmt hier wieder aus der Ueberschrift Gelegenheit die L. 110. §. ult. de R. J. „Mulieribus tunc succurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumnientur" hierher zu ziehen, nämlich so, daß die Weiber nicht wie die Minderjährigen auf Restitution Anspruch machen können, da sie wohl gegen Nachstellungen geschützt, aber nicht in malitia begünstigt werden sollen, „calumniantur autem, quae negant se servum habere in potestate noxalis judicii evitandi causa, weil das nur der Jugend zu verzeihen sey, daher Paulus in L. 26. cit. nur dieser nicht des weiblichen Geschlechts gedenke.

dort der Beklagte selbst verschaffen. So coincidiren denn auch hier wieder Principien und Folgen beyder Klagen, troß der durch ihre verschiedene factische Beschaffenheit nothwendigen Divergenzen. —

§. 88.

Ein Punct in dem angeführten Geseße ist nicht ganz deutlich. Daß die Klage in solidum, weil sie auf einem Delicte beruht, nicht gegen die Erben angestellt werden kann ist klar; warum aber auch nicht von dem Erben (neque heredi) macht mehr Schwierigkeit. Cujacius [97]) antwortet: „quia dominus mentitus est defuncto non heredi, et mendacium fit in personam non in rem.“ Es bleibt indeß diese Lehre von dinglichen Lügen etwas dunkel. In der Regel werden actiones ex delicto von des Verleßten Erben fortgeführt [98]), weil das aus dem Delicte entstandene obligatorische Verhältniß ein wirkliches persönliches Recht auf die litis aestimatio gewährt, folglich wie jedes andere Recht transmissibel ist, mag auch des Verleßers Verpflichtung individuell seyn. Allein so wie in der erwähnten Institutionenstelle die actio injuriarum ausgenommen ist, weil eine Ehrenkränkung nur das Individuum angeht, und

97) In lib. 18. Pauli ad Ed. ad l. 26. cit. (Opp. T. 5. p. 234).

98) §. 1. J. de perp. et temp. actt. (4. 12).

noch andere Ausnahmen zugelassen werden (gewöhnlich von den Neuern unter dem Namen vindictam spirantes zusammengefaßt), eben so muß alles, was kein transmissibles Recht begründet, dahin gerechnet werden. Von der Art ist aber eine Klage, die sich blos auf des Beklagten Lüge stützt, welche zu jedem Augenblick revocirt werden kann. Denn daraus folgt, daß für den Beklagten nie ein festes Recht begründet wird, bis es ihm durch Litiscontestation gesichert ist. Was zu jeder Zeit von der einen oder andern Seite wieder aufgehoben werden kann, endigt ipso jure mit dem Tode, wie das Mandat auch durch den Tod des mandans, die Societät für den Erben des socius, daher das Antrittsrecht einer deferirten Erbschaft nur aus besondern Gründen auf die Erben transmittirt wird, weil das Antreten selbst ein Act der Willkühr ist. Nur wo das Princip anwendbar ist, qui actionem habet ad recuperandam rem, rem ipsam habere videtur [99]), ist ein übertragbares Recht da, nicht aber wo die Klage durch poenitentia, wie hier, stets vereitelt werden kann. Also nur der Belogene selbst kann in unserem Falle vor der Litiscontestation in solidum klagen, der Erbe muß erwarten, ob auch gegen ihn die Lüge wiederholt wird. —

---

99) L. 15. de R. J.

Der Ausdruck in potestate habere begreift übrigens hier allerdings nicht blos Eigenthum, sondern auch gegenwärtigen Besitz; denn obwohl der geläugnete Besitz allein die Noxalklage in der Regel nicht ausschließt, so wird der Kläger doch genöthigt mit bloßer Caution künftiger Herbeyschaffung zufrieden zu seyn, welche Beeinträchtigung im Falle der Unwahrheit eben so unerlaubt ist; woraus aber nicht hervorgeht, daß was für dieses judicium gilt, auch zur Anstellung der Noxalklage erforderlich sey.

§. 89.

Wollte man den Neueren Glauben beymessen, so hätten wir noch

IV. Eine Klage in solidum gegen denjenigen, welcher umgekehrt nicht Eigenthümer ist, aber sich in jure arglistig dafür ausgibt.

Als Grund wird angegeben die Unmöglichkeit der noxae datio [100]). Allein dies ist in seiner Allgemeinheit gewiß unrichtig, da wir oben schon gesehen haben, daß auch der Nichteigenthümer den fremden Sklaven vertheidigen und übergeben kann (§. 60. 66). Die L. 27. de N. A. sagt dies vom Pfandgläubiger, Usufructuar u. s. w.; aus dem was für diese Rechtens sey, fährt nun

---

100) Cujac. in lib. 22. Pauli ad Ed. ad l. 8. de interr. (Opp. T. 5. p. 333.) Glück, B. 11. S. 263. Note 57.

Gajus in §. 1. fort, gehe hervor, daß „qui alienum servum in jure suum esse responderit, quamvis noxali judicio teneatur (nicht praetorio in solidum) eben so wie jene, mit welchen dieser völlig gleich gestellt wird, noxae geben, und dem Empfänger eine Exception gegen den wirklichen Eigenthümer verschaffen könne. — Wollte Glück dagegen auf sein „arglistig“ provociren, so müßte er eine solche Distinction erst nachweisen, wobey dann auf allen Fall nicht in der Unmöglichkeit der noxae datio, sondern in der Arglist der Grund läge. Auch wäre ein solches Gesetz höchst inconsequent, da selbst wer durch Arglist der Klage zu entgehen suchte wo möglich frey wird, so(?) der Verletzte auf andere Weise Recht erlangen kann, und derjenige, welcher sich der Klage hingibt, sollte in solidum haften! Wahr ist freylich, daß qui liti se obtulit auch die Folgen tragen muß, aber doch nur an der Stelle des Beklagten, nicht weiter [1]. Und das ist allerdings auch auf unsre Noxalklagen richtig angewandt.

L. 7. de interr. Ulpian. libr. 18. ad Ed.

Si quis in jure interrogatus, an quadrupes quae

---

1) L. 13. §. 13. L. 45. D. de her. pet. (5. 3). L. 25. 26. 27. D. de R. V. (6. 1). L. 6. D. si ususfr. pet. (7. 6).

pauperiem fecit ejus sit, responderit, tenetur [2]).

L. 8. eod. Paulus libr. 22. ad Ed.

Si quis interrogatus de servo qui damnum dedit, responderit, suum esse servum, tenebitur lege Aquilia, quasi dominus: et si cum eo actum sit, qui respondit, dominus ea actione liberatur [3]).

Jenes tenetur, wenn es nicht nach der andern Leseart mit respondere zu verbinden ist, heißt nichts anders als: tenetur actione de pauperie, wie in L. 8: *lege Aquilia*, und zwar an der Stelle des Eigenthümers (quasi dominus) also noxaliter. Cujacius nennt daher auch ausdrücklich diese Klage eine noxalis actio legis Aqui-

2) Vulg. respondere tenetur. — Daraus, daß dieses Gesetz mit L. 1. §. 15. si quadr., welche aus demselben Buche Ulpians ist, zusammen gelesen werden müsse, sucht Glück seinen Beweis zu führen, indem in der letzten Stelle von der actio in solidum gegen den Läugnenden die Rede ist. Abgesehen davon, daß selbst in Falle der Richtigkeit dieses Zusammenhangs, daraus noch nicht hervorgeht, daß für den fälschlich Gestehenden dasselbe gelte, läßt sich auch gar nicht einsehn, warum die L. 7. mitten zwischen die §en der L. 1. si quadr. hineingedrängt werden soll, da keine Lücke dieses rechtfertigt.

3) Vulg. ea ratione liberabitur.

liae, verfällt aber dennoch in den Irrthum, als könne nur litis aestimatio gegeben werden; „neque enim potest noxae dedere servum, cujus dominus non est re vera." Da aber des Gajus Zeugniß selbst dem eines Cujacius vorzuziehen ist, so bleibt nur die Frage übrig: was gilt da, wo wirklich noxae datio unmöglich ist, weil der liti se offerens den Sklaven nicht erlangen kann?

§. 90.

Darauf antwortet Ulpian in L. 16. §. 1. de interr.

> Quamquam autem placet, etiam eum teneri, qui alienum servum suum fassus esset, attamen rectissime placuit eum demum teneri, qui eum servum 4) potuit habere: ceterum si dominium quaerere non potuit, non teneri.

Diese Stelle, für welche man vergeblich passende Bey-

---

4) Dies ist die auch von Hal. aufgenommene Lesart der meisten Handschriften. Die Flor. liest qui suum potuit, was Glück ohne Erwähnung einer Variante abdrucken läßt, weil dies eher zu der hinein interpretirten Allgemeinheit eines unmöglichen Erwerbs überhaupt paßt, während die Lesart der Vulg. deutlich auf den fremden Sklaven hinzeigt, von welchem grade die Rede ist.

spiele suchte [5]), weil man sie, um den directen Widerspruch mit der herrschenden Theorie nicht einzuräumen, immer von einer juristischen Unmöglichkeit des Eigenthumserwerbs verstehen wollte, erhält nun erst einen Sinn. Nach der bisherigen Erklärung nämlich benutzte man sie nothdürftig zur Bestätigung der an sich wahren Bemerkung, daß bey interrogationibus in jure ein falsches Bekenntniß nur dann schade, wenn das Bekannte überhaupt möglich war, also hier überall ein Eigenthum existirte [6]. Da aber hier von wirklichem Eigenthume die Rede ist, so versteht man das Gesetz am richtigsten in seinem natürlichen Wortsinne von jedem unmöglichen Erwerbe, also dem factischen (wenn z. B. der Eigenthümer den Sklaven nicht veräußert) oder auch dem juristischen, wenn es dafür Beyspiele geben sollte. So wird diese Stelle klar, und widerspricht zugleich einer inconsequenten und durch

---

5) So führt die Glosse an: „si Judaeus mancipium christianum suum esse respondit," was sogar A. Faber (Ration. ad h. l.) einem Ulpian in den Mund legen konnte! Glück lacht darüber, ohne ein anderes Beyspiel zu substituiren.

6) In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest, L. 14. §. 1. de interr. So z. B. nicht wenn man einen Freyen, einen vom Feinde Gefangenen, für sein Eigenthum ausgab, L. 14. pr. L. 16. pr. eod. vrgl. mit L. 13. eod. L. 23. §. ult. ad leg. Aq. Glück S. 268. ff.

kein Gesetz unterstützten Theorie, indem es natürlich ist, daß der nicht noxaliter hafte, welcher nicht noxae geben (also nicht repräsentiren) kann, ohne doch diese Unmöglichkeit selbst veranlaßt zu haben. Freywillig kann man allerdings die litis aestimatio vorziehen.

Wenn übrigens nach L. 17. de interr. diejenigen, welche den Besitz läugnen oder dolos aufgaben, correaliter in solidum haften, und Ulpian hinzusetzt: „quemadmodum tenerentur si haberent in potestate"; so wäre es freylich Tautologie mit der Glosse „et negarent" zu suppliren, aber es darum mit Glück jener Ansicht zufolge von denjenigen zu verstehen, welche auf Befragen das Eigenthum arglistig bejaht hatten, rechtfertigen die Worte durchaus nicht. Vielmehr sagen sie: „so wie sie haften würden, wenn sie den Sklaven in der Gewalt behielten" (im Gegensatze des facere quo minus sit in potestate), und nicht herausgeben also die litis aestimatio vorziehen wollten [7]). Eben so, meint nämlich Ulpian, wie in diesem letzten Falle kein Zweifel obwalten kann, daß dann für die litis aestimatio jeder Miteigenthümer in solidum hafte, eben so muß dies auch hier der Fall seyn, wo man die Herausgabe zwar nicht weigerte, aber dafür den Besitz selbst läugnete oder aus den Händen gegeben hatte.

---

7) Faber ration. ad l. c. Pothier, T. 1. de interr. Art. 1. nr. 10. not. b. p. 301.

In Bezug auf die Concurrenz des liti se offerens mit dem wahren Eigenthümer ist zu bemerken, daß nicht schon die oblatio, sondern erst die Zahlung des Ersteren den Letzteren wirklich befreyt, jedoch auch umgekehrt die Befriedigung des Klägers von jener Seite den sich Offerirenden natürlich erlößt [8]).

---

8) L. 26. §. 3. de N. A. „Si servum alienum alius in jure suum esse responderit, altero solvente alter liberabitur." L. 20. pr. de interr. — ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberatur. —

Zehntes Capitel.

Verhältniß der Noxalklagen zu den Quasidelicten.

§. 91.

Das Princip: die Schuld klebt dem Thäter an, setzt die völlige Verschiedenheit der Quasidelicte und Noxalklagen allerdings außer Zweifel; allein es ist selbst nur Folge der verschiedenen Grundlagen, indem nur jene aus einer fingirten culpa entstehen. Aber weil man dies verkannte, suchte man die Annahme einer quasiculpa bey Noxalklagen durch die Analogie der Quasidelicte zu rechtfertigen, mit der Bemerkung, daß das noxa caput sequitur dennoch der vollkommnen Gleichheit im Wege stehe [9]). Wollte man sich dann vor Widersprüchen sichern, so müßte man sagen: alle Delicte des Sklaven machen den Herrn quasi ex delicto verbindlich, es unterscheiden sich aber diese Quasidelicte von den

9) Hasse, S. 18.

gewöhnlich so genannten durch das (freylich unerklärliche) Princip der noxae datio und des n. c. s. — Allein ich suchte bisher zu zeigen, daß die Verantwortlichkeit nur auf dem Thäter selbst ruhe, der Eigenthümer als defensor hafte, mithin auch nicht weiter, als der Sklave selbst Sicherheit gewährt, und daß davon jene beyden Erscheinungen nur natürliche Folgen sind. Bey den Quasidelicten hingegen wird wirklich aus besondern polizeylichen Gründen in den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen eine Verantwortlichkeit für die Handlungen anderer verlangt, so daß nach geschehener That der Beklagte, ohne Rücksicht ob er sie selbst verübt hat oder nicht, in Anspruch genommen wird; weil man schon für unterlassene Verhinderung eine culpa fingirt, woraus denn umgekehrt folgt, daß dieser immer selbst und in der Regel in solidum haftet. Die Quasidelicte müssen also in den vom Gesetze gezogenen Schranken bleiben, während es der Noxalklagen so viele gibt, als wirkliche Delicte von Sklaven (Verletzungen von Thieren) verübt werden können.

Ich sagte, in der Regel haftet der quasi ex del. Verpflichtete in solidum; denn immer ist der Vorwurf wenigstens vernachlässigte Aufmerksamkeit, also auf jeden Fall eigene Schuld, welche dann noch größer seyn sollte, wenn nicht ein fremder Sklave oder ein Freyer, sondern sogar ein eigener Sklave die verpönte That verübt hat. Die Römer beschränkten aber die Quasidelicte so viel als möglich, so daß der Beklagte wenigstens alsdann durch

noxae datio sich befreyen konnte, wenn das wirkliche Delict von keinem andern als seinem Sklaven selbst verübt war. Wirklich fand dies auch Ulpian auffallend, wie wir aus L. 7. §. 4. nautae caup L. un. §. 5. furti advers. naut. schon oben (§. 7. und Note 47) sahen. Daher darf man hier nicht so weit gehn, daß man selbst bey Veräußerung oder Verlust des schuldigen Sklaven eine Befreyung des Beklagten selbst annimmt, sondern höchstens eine doppelte Verantwortlichkeit. Z. B. beym Diebstahl eines Sklaven im Schiffe oder beym Herausgießen von Seiten des Sklaven eines Hauseigenthümers kann der Verletzte den exercitor oder habitator mit der actio in factum oder de dejectis et effusis für sein Quasidelict, aber auch den Sklaven als libertus oder den neuen Eigenthümer mit der a. furti oder legis Aquiliae [10]) belangen; versteht sich so, daß nach gewonnener Einen Klage die electio concurrirende wegfällt, wie jede actio in solidum neben der noxalen [11]). Aber das sagen die Gesetze

---

10) Denn diese Klage ist es, welche man auch gegen den anstellen kann, welchen man als dejector selbst belangt, L. 5. §. 4. de his qui eff. (9. 3). L. 31. ad leg. Aq.

11) Eben so concurrirt mit dieser actio in factum die damni injuriae oder furti actio gegen den freyen Passagier, L. 6. §. 4. nautae. L. un. §. 3. furt. adv. naut., ferner mit der a. furti gegen den Dieb selbst auch die actio de recepto, und „alterutra esse contentus (actor) debet“ L. 3. §. ult. nautae.

ausdrücklich, daß da, wo es möglich ist, der quasi ex delicto Verpflichtete zur noxae datio seine Zuflucht nehmen darf.

§. 92.

Für das Quasidelict der Schiffer, Wirthe u. s. w. ist es aus citt. L. 7. §. 4. nautae, L. un. §. 5. furt. adv. naut. außer Zweifel. —

Für die actio de dejectis et effusis haben wir die Worte des Edicts selbst [12]), dessen Bestimmungen über dieses Quasidelict so schließen:

— Si servus insciente domino fecisse dicetur, in judicio adjiciam aut noxam dedere [13]).

Ganz dasselbe finden wir auch wieder bey dem judicio de posito et suspenso, wo das Edict mit folgenden Worten endigt:

— Si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi jubebo [14]).

---

12) L. 1. pr. de his qui eff.

13) Varianten s. §. 47. — Im Falle der scientia ist es freylich zugleich des Herrn eigene That, also noxae datio nicht genügend.

14) Varianten s. ebenfalls §. 47.

Zwar wurde die herrschende Ansicht, wonach dieser Klage ein Quasidelict zu Grunde liegt, angegriffen von Löhr [15]), und ihm stimmte sein Recensent [16]) so wie Thibaut [17]) bey; weil es nämlich ein wahres Delict sey, dessen Justinian nur zufällig bey den Quasidelicten gedacht habe, indem dasselbe Edict dieser Klage zugleich mit der vorigen die Entstehung gegeben, in der That aber die Klage nur gegen den gehe, welcher die Sache aufhängte oder wissentlich hangen ließ [18]). Allein nicht erst Justinian, sondern schon Gajus, aus dessen libro Aureorum der §. 1. J. de O. Q. Q. E. D. genommen ist, leitet die a. de posito et suspenso ausdrücklich aus einem Quasidelicte ab.

L. 5. §. 5. de O. et A. Gajus libr. 3. Aur.

Is quoque, ex cujus cenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto; vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius

15) Theorie der Culpa, S. 200.

16) Jen. Litt. Zeit. 1804. nr. 28. S. 232.

17) Pandect. §. 977.

18) L. 5. §. 6. 7. 10. de his qui eff.

culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest si ceciderit, alicui nocere.

Das positum habere ist ferner durchaus nicht gleichbedeutend mit ponere, sondern geht wie in dem vorigen Quasidelicte auf den Eigenthümer oder Miether, und dieser ist nicht immer Eine Person mit demjenigen, „qui posuit" [19]). So gut wie ein Sklave ohne des Herrn Wissen (insciente domino) die gefährliche Ausstellung machen kann, eben so gut kann es auch irgend ein Freyer oder fremder Sklave (der sich zufällig im Hause befindet, aut liberi aut servi) grade wie das dejicere et effundere vornehmen, und dann haftet, wie dort, der Eigenthümer, Miether in solidum. Wie es in jenem Falle zur culpa gerechnet wird, darauf nicht zu achten, eben so hier, nicht zu untersuchen, was vor seines Hauses Fenster gestellt wird, denn daß der Fall selbst und das Nichtwissen für möglich gehalten wurde, geht daraus hervor, daß von dem factum eines andern und dem Wissen ausdrücklich gesprochen wird. — Ulpian er-

---

19) — Quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator, L. 5. §. 12. de his qui eff. Cujac. Observ. XXII. 32. (Opp. T. 3. 656). Otto de tut. viar. Lib. 3. cap. 5. p. 491. seq.

läutert das Edict in L. 5. §. 7. de his qui eff. durch die Worte: si quid periculose positum esset, ohne zu untersuchen, wer der Thäter sey, oder auch nur darum wisse. Es wäre mithin ein Widerspruch, wenn der Hausherr dann frey ausgehn sollte, wenn sich zwar die Sache gefährlich ausgestellt findet (positum est), dies aber nicht mit des Herrn Bewußtseyn geschah! welches Resultat doch nothwendig entstehen müßte, sobald wir kein Quasidelict hier annehmen; der, daß es in concreto, eben so wie das dejicere, ein wirkliches Delict seyn kann, ändert die theoretische Ansicht nicht, wonach nur das Factum, gleichgültig ob durch eigene oder nicht eigene That veranlaßt, Gegenstand der Klage ist (quia plerumque ob alterius culpam tenetur). Wenn jeder aus dem Volke, welcher diese Gefahr drohende Ausstellung sieht, eben deshalb weil sie gefährlich ist, klagen darf, wie kann man dieses unbedingt gestattete Rechtsmittel dann versagen, wenn irgend ein Dritter ohne des Eigenthümers Wissen ausgestellt hatte? Den Herrn hier nicht zur Verantwortung zu ziehen, lag gewiß nicht in der Absicht des Prätors, welcher Sicherheit der Straßen bezweckte [20]). Die ausdrückliche Erklärung des Gajus und Justinians, daß man hier wie bey der a. de dej. et eff. auch wegen der Schuld eines andern verantwortlich sey, beweisen das

---

20) Die Nothwendigkeit dieses Edicts ist nachgewiesen von Otto, l. c. cap. 5. p. 476. seqq.

Gegentheil, und diese Gleichstellung beyder völlig analogen Klagen ist um so weniger zu tadeln, als grade nur damit Thibauts richtige Bemerkung übereinstimmt, daß jeder aus dem Volke die a. in factum de pos. et susp. gegen die Person habe, welche, wenn es fiele, durch die a. de dej. et eff. belangt werden könnte. Darum ist ja grade diese Klage quasi ex del., weil sie nicht immer gegen den geht, welcher durch die That oder die scientia Thäter ist, darum also auch jene Klage, sobald sie gegen dieselben Personen gerichtet werden kann. — Ein noch stärkerer Beweis ist erst unten (§. 100 a. E.) deutlich zu machen.

§. 93.

In Erwägung aller dieser Gründe dürfen wir die L. 5. §. 10. eod. [21]), welche sagt, positum habere beziehe sich nicht nur auf den qui posuit, sondern auch auf den, welcher es gestattete, nicht so verstehn, als wenn es nur auf diesen beschränkt werden müßte, und nicht noch weiter auch auf diejenigen Hauseigenthümer gehe, welche nicht darum wußten. Wir sehen sogar, warum Ulpian hierbey stehen blieb, da er die ganze Bemerkung nur zum

21) Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur. Quare, si servus posuerit, dominus autem patiatur, non noxali judicio dominus, sed suo nomine tenebitur.

Zwecke des Nachsatzes gemacht hatte, worin er erklärt, daß für diese Fälle (ponere und pati) das noxale judicium wegfalle. Daß nur dieses die Meinung Ulpians war, wird gewiß dadurch, daß er in L. 5. §. 12. allgemein sagt, unter positum habere sey nicht immer das ponere zu verstehen, ohne es darum wenigstens auf das pati zu beschränken.

Donellus 22) meint, es sey deshalb hier von einem Quasidelicte die Rede, weil die Klage nicht wegen schon geschehenen, sondern erst drohenden Schadens Statt fände, was nur maleficio proximum sey.

Endlich gedenkt Justinian in pr. I. de O. q. q. e. d. 23) noch eines Quasidelicts, nämlich des Richters, qui litem suam facit, d. h. der aus Arglist oder Versehen ein ungerechtes Urtheil fällte, und dadurch sich den Proceß und Ersatzpflicht zuzog 24). Dies ist aber entweder ein wirkliches Delict oder deshalb zu den Quasidelicten gerechnet, weil dem Richter als Ausüber einer ars liberalis nach strengem röm. Civilrechte kein Verbrechen zur Last gelegt, d. h. ein gelinderer Ausdruck gebraucht werden soll 25). —

---

22) Comm. Lib. 15. cap. 43. nr. 3. 4.

23) Ebenfalls aus Gajus Lib. 3. Aureor. cf. L. 5. §. 4. de O. et A. L. ult. de extr. cognit. (50. 13).

24) L. 15. §. 1. de jud. (5. 1).

25) Vinnius, pr. J. de O. q. q. ex del. und besonders

Uebrigens interessirt uns dieses Delict hier nicht weiter, weil ein richterliches Urtheil nie durch Sklaven gefällt wird.

Wir sahen also außerdem bey allen Quasidelicten den durchgreifenden Gedanken, den Verletzten zwar nicht zu nöthigen, daß er sich grade an den Thäter selbst wende, sondern nur an den zu verweisen, welcher für die That einzustehn hat; daß aber, wenn in dieser Person zugleich der Repräsentant des Thäters, d. h. in dem quasi ex culpa selbst verantwortlichen Herrn zugleich der Sklave belangt wird, dem Beklagten erlaubt ist, das letztere judicium vorzuziehen, mithin, so lange es möglich ist und auch eigene Schuld (Befehl und patientia) nicht concurrirt, sich durch noxae datio zu befreyen.

Um aber das Verhältniß der Noxalklagen zu den Quasidelicten von allen Seiten zu beleuchten, wende ich mich noch zu einer andern Untersuchung, welche man von der vorigen durchaus getrennt halten muß, nämlich ob auch Sklaven selbst ein Quasidelict begehn könnten, und ob deshalb eine Noxalklage, oder welche Rechtsmittel Statt finden? Ich gehe zu diesem Zwecke die Quasidelicte wieder einzeln durch.

Weber nat. Verb. Th. 1. §. 12. — Schon Donell (Lib. 15. cap. 28. nr. 8. 10) sah, daß hier ein wahres Delict sey, ohne jedoch für die gesetzliche Annahme eines Quasidelicts eine Rechtfertigung zu wissen.

§. 94.

I. Die Klage gegen die Schiffer, Gast- und Stallwirthe.

Diese kann die actio de recepto seyn (wohl auch in factum genannt), beruhend auf dem durch Reception eingegangenen Vertrag [26]). Sie wird gar nicht durch ein Delict begründet, sondern nur durch Verletzung des Vertrags [27]). Mithin ist sie nur reipersecutorisch und geht gegen die Erben [28]), gleicht also in jeder Hinsicht den Contractsklagen, da z. B. auch die a. depositi, locati wegen culpos übertretenen Vertrags angestellt wird. Nur das ist jener Klage eigen, daß man in der Beurtheilung dessen was hier zur Imputation gerechnet wird, weiter geht; indem der Schiffer u. s. w. für jeden auf seinem

26) Mag nun der Schiffsherr selbst, oder durch bestellte *ναυφύλακες* u. s. w. die Reception vornehmen, L. 1. §. 3. nautae. Vrgl. darüber Cujac. Obs. XVII. 31. (Opp. T. 3. p. 779) in lib. 13 Pauli ad Ed. ad l. 4. h. t. (Opp. T. 5. p. 196). In Cod. Lib. 4. Tit. 26. (Opp. T. 9. p. 304. seq.)

27) L. 1. §. 6. 7. 8. L. 3. pr. 1. 2. 3. L. 4. §. 1. 2. L. 5. nautae. Hugo Civ. Mag. B. 3. H. 1. Nr. 18. §. 33. Thibaut Pand. §. 912.

28) Haec autem rei persecutionem continet, ut Pomponius ait, et ideo et in heredem et perpetuo dabitur, L. 3. §. 4. nautae.

Schiffe, oder nach der Reception noch auf dem Ufer entstandenen Schaden einsteht, wenn er nicht eine sogenannte vis major (damnum fatale) nachweist; so daß man sagen kann, wie der gewöhnliche Miethvertrag nur durch wirkliche culpa, so ist dieser Receptionsvertrag schon quasi ex culpa gebrochen, wiewohl auch die gewöhnlichen Vertragsklagen nicht ausgeschlossen werden [29]. —

Es hat aber der Prätor außer diesen Rechtsmitteln

---

29) L. 1. §. 8. L. 2. 3. pr. §. 1. nautae. Ait Praetor: nisi restituent, in eos judicium dabo. Ex hoc Edicto in factum (nämlich de recepto) actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum: quia agi civili actione ex hac causa poterit. Si quidem merces intervenerit ex locato et conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, et locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius, depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio (aus dem Contracte) sit inducta, cum sint civiles (eben diese Contractsklagen)? Nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor, curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur: at hoc Edicto omnimodo qui recepit tenetur (von der Klage aus dem Delicte ist hier überall nicht die Rede), etiam si sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est: nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis major contigerit.

noch eine a. in factum gegeben, vermöge deren man sich gar nicht auf den Vertrag, sondern auf das Delict oder Quasidelict der Schiffer, Wirthe u. w. d. g. i. beruft, wenn uns durch sie oder ihre Leute, bey ihnen logirenden Gäste, mit ihnen fahrenden Passagiers und deren Sklaven, nicht aber durch jeden welcher sich auf dem Schiffe, in dem Wirthshause befindet [30]), ein Diebstahl oder damnum injuria daselbst verübt worden ist, welche Klage daher auch denen zusteht, die gar keine Reception geltend machen können, sondern sich blos zufällig dort aufhalten, mithin die actio de recepto nicht haben. Hier liegt nämlich das Unrecht nicht in dem gebrochenen Versprechen der Verwahrung, sondern in der unterlassenen Aufmerksamkeit auf seine Leute [31]), also in einem von dem Aufnahmsvertrage ganz unabhängigen Delicte; daher die Wahl zwischen beyden Rechtsmitteln auch

---

30) Weil man natürlich nur für diejenigen, welche man wählt und annimmt verantwortlich seyn, d. h. eines Quasidelicts beschuldigt werden kann, denn „signum tabernae vel cauponae appositum exercitorem in hoc obligat, ut quemcunque transeuntem excipiat, nauta vectores, caupo viatores non elegit et suo periculo adhibet.“ Cujac. in Lib. 22. Pauli ad Ed. l. pen. h t. (Opp. T. 5. p. 321), in lib. 13. cod. l. 42. locat. (p. 199).

31) Daß hier, wie bey allen Quasidelicten schon unterlassene positive Sorgfalt für culpa gilt, ist immer Folge eines auf Politik gegründeten positiven Gesetzes.

nur den Recipirten zusteht [32]), eben so wie eine actio depositi, locati u. s. w. mit der actio legis Aquiliae oder furti concurriren kann, insofern auch zugleich ein Contractsverhältniß existirte. Die hier ausgeführte Klage also wird quasi ex delicto gegeben, wie es sich schon oben (§. 7) aus L. 7. §. 4. nautae. L. un. §. 5. furti adv. naut. ergab. Ausdrücklich sagt es ferner Gajus in L. 5. §. 6. de O. et A., was Justinian §. 3. I. de O. Q. Q. E. D. wiederholte. Daher ist sie auch eine Poenalklage aufs Doppelte, und kann gegen die Erben nicht angestellt werden [33]). So genügte ferner für die a. de recepto der Beweis, daß ein Schade, gleichgültig auf welche Weise, an der recipirten Sache verübt sey, weil schon darin, daß das Object nicht oder nicht so, wie es empfangen worden, zurückgegeben wird, das Versprechen „salvum fore" gebrochen, und nur noch Gegenbeweis einer vis major zuläßig ist [34]). Bey dieser Klage hingegen genügt es nicht, daß der Schade geschehen, sondern Kläger muß zeigen, daß er von des Schiffers Leuten u. s. w. verübt sey, so daß sich diese Klage

32) L. 6. §. 2. 3. L. 7. pr. §. 2. 3. 6. nautae. L. un. pr. §. 1. 6. furti adv. naut.

33) L. 7. §. 1. 6. nautae. L. un. §. 1. 2. cit.

34) L. 1. pr. nautae. Ait Praetor: nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.

von jeder andern ex delicto nur dadurch unterscheidet, daß die Schuld der Diener, Gäste u. a. eo ipso auch als des Schiffsherrn Schuld gilt, der so schlechte Wahl getroffen, oder so schlechte Aufsicht führte [35]), grade wie sich

---

35) L. 7. pr. h. t. Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi (sint) sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit: sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit. — Die a. de recepto hat man zwar auch „si gratis res suceptae sint," eben so wie die a. depositi, aber immer müssen sie doch recipirt seyn (L. 3. §. 1. eod.); dagegen „licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis deverteris, non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum injuria passus es" (L. 6. pr. eod.), hier ist nämlich nicht einmal Reception, folglich bleibt nur die Klage aus dem Delicte. — Diese Klage hat sogar der Passagier wegen der von seinem eignen Sklaven ihm zugefügten Beschädigungen, wenn sich der Schiffer deren bedient hatte, obgleich dem letztern dagegen die damni injuriae oder furti actio noxalis wider den erstern unbenommen bleibt, oder wenn es ein gemeinschaftlicher Sklave war, (wo die Noxalklage unstatthaft ist) die a. comm. divid., ihm ferner auch durch die Miethklage Rückforderung des Erstatteten möglich seyn kann, wenn nämlich der Passagier dem Schiffer einen so schlechten Sklaven vermiethet hatte, L. 6. §. 1. eod. Si servo meo in nave vel in caupona utaris, et damnum mihi det, vel furtum faciat', quamquam et furti actio et damnum injuria mecum sit, haec tamen actio quia in factum est, etiam servi mei nomine adversus te competit. Idem dicetur et si communis sit, tu tamen quod mihi praestiteris ejus nomine, vel communi dividundo,

die a. de recepto von jeder andern ex contractu dadurch unterscheidet, daß es genügt, den Vertrag nur quasi ex culpa gebrochen zu haben.

§. 95.

Dieser generische Unterschied der beyden beschriebenen Rechtsmittel zeigt sich nun auch dadurch, daß sie von den Römern genau an durchaus verschiedenen Stellen behandelt werden, wobey noch bey der a. in fact. quasi ex del. eine Trennung in Bezug auf den Diebstahl oder auf damnum injuria datum Statt findet. —

In unsern Dig. nämlich nimmt die actio de recepto grade den ganzen Titel: nautae, caupones etc. ein, bis auf die zwey letzten Gesetze, welche vom Quasidelicte handeln, und zwar das erste (L. 6), aus Paulus Lib. 22. ad Ed., sowohl mit Rücksicht auf das damn. inj. dat. als auf furtum, die L. 7. von Ulpian Lib. 18. ad Ed. nur mit Rücksicht auf damn. inj. dat., während Ulpian dieses Quasidelict in Bezug auf Diebstahl in Lib. 38. ad Ed. erörtert, welches denn auch in den Dig., auf dieselbe Weise getrennt, an einem ganz andern Orte als L. un. furti advers. naut. caup. stab. zwischen mehreren Titeln über Diebstahl excerpirt ist. —

---

vel pro socio actione, aut si partem ejus, vel totum conduxisti, etiam ex conducto habebis me obligatum.

Es wurde nämlich dieses Quasidelict in den Schriften über das Edict nicht allein nicht mit der a. de recepto vereint behandelt, sondern nicht einmal an einem selbständigen Orte bey der a. leg. Aquiliae in Bezug auf eine solche Verletzung, bey dem furtum in Bezug darauf abgehandelt. Denn dasselbe Lib. 38. ad Ed., woraus L. un. cit. entnommen, ist vereint mit Lib. 37. der Ort, wo Ulpian vom furtum überhaupt redet; denn es sind aus Lib. 38. entlehnt: L. ult. de furtis. L. 1. si quis testam. — liber — subripuisse — dicetur. L. 1. §. 3. si fam. furtum fec. dicetur. L. 7. arb. furtim caesar. und L. 12. de publicanis, worin der Diebstahl der familia publicanorum erörtert wird, denn obgleich in den hier angeführten Worten des Prätors auch das damn. inj. dat. vorkömmt, so sagt doch Ulpian in L. 195. §. 3. de V. S. [36]) selbst, daß er jenes furtums bey Darstellung des Diebstahls (also nicht auch der L. Aquilia) erwähne. Aus Lib. 37. sind L. 50. 52. de furtis, (und bey letzterer ist es wegen des Florent. trigensimoseptimo octavo noch zweifelhaft, ob nicht Lib. 38. gelesen werden muß). Da nun fast alle übrigen Stellen Ulpians über furtum aus seinem Lib. ad

36) — „Ut in Edicto Praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi Praetor loquitur de familia Publicanorum." Von den publicanis ex professo spricht Ulpian in Lib. 45. ad Ed. Vrgl. L. 1. 3. de publ. (39. 4).

Sabinum sind (wie ein Blick in den Tit. de furtis zeigt), so ist gewiß, daß er in seinem Werke zum Edicte im 37. und 38. Buche ex professo davon handelte; mithin auch das Quasidelict eines im Schiffe u. s. w. verübten Diebstahls dort mit erörterte. —

Dagegen die L. 7. nautae handelt nur vom aquilischen Schaden, und daß in Lib. 18. ad Ed., woraus sie entlehnt ist, Ulpian nur die lex Aquilia erläutert hat, ergeben L. 1. 3. 5. 7. 9. 11. 18. 19. 21. 23. 25. 27. 29. 35. ad leg. Aq. [37]).

§. 96.

Von Paulus (Lib. 22. ad Ed.) ist L. 6. cit., worin zwar damn. inj. dat. und Diebstahl vorkommen, des letzteren aber nur beyläufig (wie pr. und §. 2. fin. zeigt) Erwähnung geschieht. In diesem Lib. 22. handelte nun Paulus ebenfalls von der L. Aquilia [38]). S. L. 6. 10. 14. 22. 24. 26. 30. l. Aq. L. 10. 17. 19. de N. A. L. 8. de interr. in jure. — Dagegen in

37) Bis zu L. 35. bildet Ulpians angef. Werk die Grundlage des Titels ad leg. Aq., während andere Stellen (was oft geschieht, aber hier besonders deutlich ist) nur ergänzend dazwischen treten. Bey L. 35. war es wahrscheinlich zu Ende excerpirt, und es reihten sich andere Theile an.

38) Daß er auch in anderer Beziehung hier nebenbey des furtums gedachte, beweisen L. penult. commod. L. 45. locat.

Bezug auf das furtum steht diese Klage in sent. rec. mitten im Tit. de furtis, §. 16. 18. sogar mit dem Namen actio furti. Es ist also gewiß, daß auch Paulus unser Quasidelict nur accessorisch bey den Hauptdelicten, worauf es Bezug hat, vorträgt.

Die a. de recepto aber ist so wie in den Dig. so auch in den Werken ad Ed. besonders behandelt:

Ulpian L. 14. ad Ed. S. L. 1. 3. nautae.

Paulus Lib. 13. ad Ed. S. L. 4. eod.

Gajus Lib. 5. ad Ed. prov. S. L. 2. 5. eod.

Das Letztere nützt uns aber zur Vergleichung nichts, da uns unbekannt ist, an welcher Stelle jenes Werks Gajus das Quasidelict abgehandelt, indem L. 5. de O. et A. aus seinem libr. Aureorum ist. — Folgende Tabelle diene nun zur Uebersicht.

I. Actio de recepto.

Dig. Tit. nautae etc. L. 1 — 5.
Ulpian ad Ed. libr. 14.
Paulus ad Ed. libr. 13 [39]).

39) Eben daselbst handelt auch Paulus von den receptis der Schiedsrichter, und Ulpian in Libr. 13. ad Ed., also unmittelbar vor der a. de recepto, wie folgende Gesetze zeigen, unter welchen die eingeklammerten von Paulus sind: L. 3. (4). 5. 7. (8). 9. (10). 11. (12). 13. 15. (16). 17. (19). 21. (22). 23. (24). 25. (26). 27. (28). 29. (30). 31.

II. Actio in factum quasi ex delicto der Wirthe, Schiffer und Stallleute.

1) Wegen damnum injuria datum.

Dig. Tit. nautae. L. 6. 7.
Ulpian ad Ed. Lib. 18 [40]).
Paulus ad Ed. Lib. 22 [41]).

2) Wegen furtum.

Dig. Tit. furti adv. naut. L. un.
Ulpian ad Ed. Liber 38.
(Paulus rec. sent. Tit. de furtis) [42]).

---

32. 34. de rec. arb.; wobey man sieht wie beyde Schriften alternirend dem Titel zur Grundlage dienten. Uebrigens ist es gewiß Tribonian nicht zu verdenken, wenn auch er durch Nebeneinanderstellen der Titel dem Gleichklange nichts vergab.

40) Hal. libr. 13, was nach der bisherigen Erörterung, und nach §. 95. a. E. gewiß falsch ist.

41) Hal. libr 13. Hal. scheint die Zahl 13 zu lieben; indessen verbürgt hier auch L. 19. de N. A. die allgemeine Lesart.

42) Da der angef. Dig. Titel nur eine L. unic. enthielt, so fehlt hier Paulus ad Ed. — An dieser ganzen Art der Untersuchung übrigens wurde Cujacius, der sie so sehr liebt, und zugleich unsre verschiedenen Rechtsmittel am richtigsten trennte (Obs. 17. 31., Opp. T. 3. p. 779), durch einen einzigen Irrthum verhindert. Er glaubte nämlich (in lib. 13. Pauli ad Ed. ad l. 42. loc. (Opp. T. 5. p.

Man hatte also dreyerley Edicte gegen diese Leute, dasjenige, worin de Prätor einen stillschweigenden Receptionsvertrag sanctionirt, wie es uns L. 1. pr. nautae wiedergibt, und die beyden übrigen, entweder wegen eines damni injuria dati oder wegen eines Diebstahls auf dem Schiffe u. s. w. verübt [43]). Denn daß auch die eigentliche in factum actio eine prätorische Klage ist [44]), steht ausdrücklich in L 7. §. 6. nautae [45]) und L. un. §. 3. furti adv. Die in L. 3. §. 1. nautae genannten Civilklagen sind die gewöhnlichen Contractsklagen (s. Note 35), neben welchen der Prätor die a. de recepto (L. 4. eod.), wie neben den gewöhnlichen Klagen ex delicto die prätorische quasi ex del. [46]), eingeführt hat.

---

198)), daß Paulus in L. 6. nautae bis zu §. 3. von der actio de recepto spreche, wodurch denn freylich beyde Klagen in der Stelle zum Edicte und in den Dig. an Einen Ort zusammen kämen. Allein Note 53 und der Text zu Note 32 zeigen, daß auch hier nur von den Quasidelicten die Rede ist.

43) Restituirt bey Otto tut. viar. cap. 6.

44) Thibaut Pand. §. 911. nennt sie eine Civilklage.

45) Haec judicia, quamvis honoraria sunt: tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur.

46) L. 6. §. ult. nautae. L. un. §. 3. furti adv. Cum enim in caupona, vel in navi res perit, ex Edicto Praetoris obligatur exercitor navis, vel caupo: ita ut in po-

Es ist nun kein Zweifel, daß alle diese Rechtsmittel durchaus verschieden sind, so daß man dieses berücksichtigend auch in den römischen Gesetzen die vollkommenste Harmonie finden wird. Die Meinung, als mache die actio de recepto die actio in factum unnöthig, ist, abgesehen von der innern Verschiedenheit beyder, schon deshalb unrichtig, weil man sehr oft nur eine oder die andere anstellen kann, wie z. B. der nicht Recipirte nur quasi ex del., der Recipirte dann nur ex recepto klagen kann, wenn ihm den Schaden ein zufällig eingekehrter Gast verübte. Mag also auch durch unsre Praxis Eine Verschiedenheit, die poena dupli bey der a. in factum, wegfallen, so muß doch alles andere, was über den verschiedenen Beweis, Translation auf die Erben u. s. w. gilt, in Kraft bleiben.

§. 97.

Nach dieser für das Folgende nöthigen Auseinandersetzung, kehre ich zu unsrer Frage zurück, ob, wenn der Sklave die Leitung eines Schiffs übernimmt, und so, durch Diebstahl oder aquilisches damnum seiner Leute,

---

testate sit ejus cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario jure, an cum fure jure civili (actione furti) experiri. — Cf. Cujac. Obs. VIII. 24. (Opp. T. 3. p. 209). In lib. 22. Pauli ad Ed. l. pen. nautae (Opp. T. 5. p. 321).

quasi ex delicto verhaftet wird, der Herr noxaliter belangt werden kann?

L. 19. §. 2. de N. A. Paulus libr. 22. ad Ed. Si servus tuus navem exercuerit, ejusque vicarius et idem nauta in eodem nave damnum dederit, perinde in te actio danda est, ac si is exercitor liber, et hic vicarius servus ejus esset, ut de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris: ut tamen si servi tui jussu, vel sciente et patiente eo, damnum vicarius dederit, noxalis actio servi tui nomine esse debeat. Idemque fit [47]) etiam, si nautam facere jusserit.

Hier haben wir einen Sklaven als exercitor, ihm ist untergeordnet ein vicarius, d. h. ein solcher Sklave, der, obgleich im Eigenthum des Herrn, dennoch sich zu dem servus-ordinarius (zu dessen peculio er gehört), wie dieser zu seinem (freyen) Herrn verhält [48]). — Wir

---

47) Flor. sit.

48) Hauptstelle hierüber ist L. 17. de pecul. (15. 1), mit Theophilus ad §. 4. I. quod cum eo qui in al., ed. Reitz. T. 2. p. 845. οἱ δὲ νομικοὶ μὲν πρῶτον οἰκέτην λέγουσιν ordinarium, τὸν δὲ τοῦ οἰκέτου οἰκέτην λέγουσι vicarium etc., und in den in der Note angef. Glossen wird der vicarius auch δοῦλος τοῦ δούλου im Gegensatze des πρῶτος δοῦλος genannt.. Die übrigen Stellen s. bey Brisson. de V. S. sub v. vicarius.

haben oben (§. 91. a. E. §. 92) gesehen, daß der Herr noxae geben kann, wenn er deshalb quasi ex del. belangt wird, weil sein Sklave der wahre Thäter war. Hier war solches der vicarius; nach der eben erwähnten Ansicht der Römer über letzteren müßte consequenter Weise dieser von seinem Herrn, dem ordinarius, noxae gegeben werden; also nimmt ihn in dessen Namen der freye Herr aus dem peculio hinweg [49]), und cedirt ihn dem Kläger. Wäre aber der servus ordinarius durch Befehl oder patientia (§. 75. folg.) selbst der Thäter gewesen, so kann die Noxalklage unmittelbar in dieses Delinquenten Namen angestellt, und seine Cession gefordert werden. Hat er, heißt es am Ende, einem freyen Schiffsmann [50]) den Befehl gegeben (wenn auch dieser nicht zu

---

49) Pothier (ad Tit. de N. A. nr. 43. fin. ad l. c.) warnt mit Recht, das „de peculio" nicht von der actio de peculio zu verstehen, sondern so, „ut ad nihil aliud teneatur, quam ad eximendum ex peculio ordinarii hunc vicarium eumque noxae dedendum."

50) Nautam accipere debemus eum, qui navem exercet: quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint: sed de exercitore solummodo Praetor sentit: (Ulpian erläutert nämlich hier das Edict) nec enim debet per remigem, aut mesonautam obligari; sed per se, vel per navis magistrum: quamquam si ipse alicui e nautis committi jussit, sine dubio debeat obligari, L. 1. §. 2. nautae. Diese Stelle spricht eigentlich von der a. de recepto, ich habe sie hier nur angeführt, um die doppelte

gehorchen brauchte, entschuldigt es doch den Befehlenden nicht), so hat es dieselben Folgen (Cession seiner selbst). — Was nun hier das Gesetz direct sagt, ist nur Anwendung der schon erörterten Grundsätze auf den vicarius. So lange es also ein servus ordinarius oder vicarius ist, der den Herrn quasi ex del. verantwortlich macht, so lange kann dieser immer noch noxae datio des einen oder andern vorziehen. Unsre Frage fordert mithin den Fall, wo der Herr nicht durch seinen Sklaven und dennoch nur quasi ex del. verantwortlich ist, auf den Sklaven übertragen, d. h. wo der servus exercitor darum haftet, weil ein freyer Passagier oder fremder Sklave (nicht sein vicarius) den Diebstahl oder das damnum verübt hat), eben so wie in L. 7. §. 4. nautae. L. un. §. 5. furti adv. naut. diese Unterscheidung bey dem Freyen gemacht wird. Letzterer wird in diesem Falle quasi ex del. in solidum belangt; findet nun jenes exercitors wegen (der, frey, ganz haftete) eine Noxalklage gegen den Eigenthümer Statt? Darauf muß die Frage: gibt es eine Noxalklage wegen eines Quasidelicts? beschränkt werden.

§. 98.

Aus unserer L. 19. läßt sich die Verneinung folgern. Paulus bemerkt genau, daß es des Befehls oder der pa-

---

Bedeutung des Worts nauta, und zugleich zu beweisen, daß es hier, wo es im Gegensatze von exercitor gebraucht wird, die zweyte von Ulpian angegebene Bedeutung hat.

tientia, also einer eignen Schuld des servus exercitor bedürfe, um seinetwegen noxaliter belangt werden zu können; wo also diese mangelt, und er selbst nur quasi ex del. haftete, muß eine Noxalklage wegfallen. Dieser Schluß ist um so sicherer, als das Ende unserer Stelle in Bezug auf den freyen nauta nur des Befehls, und nicht, wie vorher beym vicarius, auch der patientia gedenkt, deswegen (wie Cujacius [51]) bemerkt) weil er jenen nicht abzuhalten vermag. Mithin darf man noch viel weniger im Falle des Nichtwissens (überhaupt eines bloßen Quasidelicts) eine Noxalklage zulassen. Hier war nun von der actio quasi ex del. die Rede [52]); durch eine andere Stelle, welche zunächst von der a. de recepto handelt, wird unser Resultat noch gewisser.

L. 42. pr. de furt. Paulus libr. 9. ad Sab.

Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est: ut quod alter admisit, duntaxat de peculio, quod ipse exercitor, adjiciatur,

---

51) In Lib. 22. Pauli ad Ed. ad l. 19. cit. (Opp. T. 5. p. 332).

52) L. 19. ist auch aus Lib. 22. ad Ed., wo Paulus diese Klage behandelt (s. L. 6. nautae), während die actio de recepto, wie ich vorher ausführte, an einer ganz andern Stelle erörtert wird.

ut noxae dederet. Igitur si manumissus sit, persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum: noxalis ipsum sequetur.

Damit verbinde man

L. 3. §. 3. nautae. Ulpian libr. 14. ad Ed.

Si filiusfamilias aut servus receperit, et voluntas patris, domini intervenit, in solidum erit conveniendus. Item si servus exercitoris subripuit, vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur. Sin vero sine voluntate exerceant, de peculio dabitur.

Des Herrn Wille macht bey Contracsklagen einen Unterschied. Denn wird der Sklave vom Herrn als exercitor bestellt, so geschieht auch die Reception mit seinem Willen, er wird also wegen Diebstahls u. s. w. in solidum mit der a. de recepto belangt, (wie für jede andere hierdurch eingegangene Pflicht mit der a. exercitoria [53])) und die noxae datio fällt hier weg, davon spricht L. 3. §. 3 bis gegen das Ende. Benutzt aber der Sklave sein peculium zu einem solchen Geschäfte, ohne daß der Herr weiter darum weiß, so kann er auch nur mit der actio

53) L. 1. pr. §. 5. 7. 12. 16. 19. 20. L. 4. pr. §. 1. 2. 3. 4. L. 5. §. 1. L. 6. de exerc. act. (14. 1).

de peculio wegen des vom Sklaven eingegangenen Receptionsvertrags belangt werden, L. 3. §. 3. cit. fin. L. 42. pr. init. Wenn man dagegen in diesem letzten Falle, wo der Herr also nicht in solidum haftet, statt ex contractu lieber ex delicto klagt, so kann man noxae datio des delinquirenden Sklaven erlangen, welche Klage dann gegen den Manumittirten selbst geht, während der Herr peculiariter bis zum Ablaufe der gesetzlichen Zeit fortwährend verantwortlich ist. Damit endigt L. 42. cit. Diese actio noxalis läßt aber hier Paulus nur für den Fall zu, daß der servus exercitor das Delict verübt habe, für die Handlung eines andern (quod alter admisit) muß man sich mit der a. de peculio begnügen (duntaxat de peculio). Da nun dieser alter kein vicarius seyn kann, bey welchem wirklich noxae datio eintritt, also ein freyer Passagier oder fremder Sklave, so ist dadurch erwiesen, daß, obgleich hier der servus exercitor quasi ex delicto deswegen verbindlich seyn müßte, dennoch keine Noxalklage erlaubt, sondern nur, je nachdem er mit oder ohne des Herrn Wille das Schiff leitete, die a. de recepto oder de peculio gegen Letzteren gestattet ist.

§. 99.

II. Die Klage wegen des Herauswerfens oder Herausgießens.

Geht diese noxaliter gegen den Herrn, wenn der Sklave quasi ex del. verhaftet wäre? denn daß, wenn

der Sklave selbst herausgoß, den Herrn auch die a. de dej. oder effus. nur noxaliter traf, ist schon § 92 bemerkt.

L. 1. §. 7. 8. de his qui effud. Ulpian libr. 23. ad Ed.

Si filiusfamilias coenaculum conductum habuit, et inde dejectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur: quia non ex contractu venit: in ipsum itaque filium haec actio competit. §. 8. Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto: an de peculio, quia non ex delicto servi venit? neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit. Sed ego puto, impunitum servum esse non oportere: sed extra ordinem officio judicis corrigendum.

Wir hatten vorhin einen servus (filiusfam.) exercitor, hier einen servus (filiusfam.) habitor. Der gesetzliche Fall ist gerade derjenige, worauf unsre gegenwärtige Untersuchung gerichtet ist, wo nämlich der servus habitator nicht selbst das Delict verübte, also, wenn er frey wäre, nur quasi ex del. verhaftet seyn würde. Bey dem exercitor konnte man zur a. de peculio seine Zuflucht nehmen, nicht so hier, wo der Gesichtspunkt eines Vertrags durchaus wegfällt. Aber auch als des Sklaven Delict kann diese Handlung nicht betrachtet wer

den, sagt Ulpian, weil er sie nicht selbst verübte; also sein Quasidelict wird nicht als eine noxa angesehen. Welches Hülfsmittel soll nun eintreten? Bey Haussöhnen macht es kein Bedenken, weil man diese selbst belangen kann, also einer Noxalklage nicht bedarf [54]); aber wie bey Sklaven? soll man, fragt unser Gesetz, die a. noxalis dennoch gestatten, da doch kein negotium gestum vorhanden ist, woraus man de peculio klagen könnte? oder soll man dennoch de peculio klagen dürfen, weil doch auch eine a. ex delicto unmöglich ist? Keins von beyden, ist die Antwort, sondern der Sklave selbst soll gezüchtigt werden.

So scharf und consequent dieses Fragment ist, so viel Schwierigkeiten hat man darin gefunden. Einige Glossatoren leiteten daraus die Zulässigkeit einer Noxalklage bey Quasidelicten ab, wiewohl das Gegentheil kaum klarer gesagt werden konnte. A. Faber [55]) läßt sich also vernehmen: „Puto Ulpianum scripturum fuisse praetoris non judicis, et haec postrema verba esse Triboniani, fortassis totius etiam §i, adeo male et inconcinne scriptus est.“ Geht man überall so zu Werke, so erhalten wir zuletzt bey Tribonian den Scharfsinn und bey den Classikern den Schwachsinn. Aber freylich konnte Faber diese Stelle nicht verstehn, da er annimmt, auch wegen der Sklaven Quasidelicte finde

54) L. 5. §. 5. fin. de O. et A. (44. 7). (§. 2. J. de O. q. q. ex del.)

55) Ration. ad l. c.

Noxalklage statt, und davon die Worte des Prätors in L. 1. pr. fin. eod. verstand, welcher dem Herrn, obgleich er quasi ex del. haftet, dennoch noxae datio erlaubt, wenn sein Sklave es war, der das wahre Delict beging (§ 92). Allein was ist einfacher, als dieses Raisonnement: Da der Sklave hier kein negotium einging, so haftet der Herr nicht peculiariter — also noxaliter? da aber der Sklave auch nicht delinquirte, so haftet der Herr auch nicht noxaliter; — also etwa dennoch peculiariter? Nein, aber straflos soll der Sklave nicht bleiben. — Denn die actio de dej. et eff. ist eine Poenalklage, resp. aufs Doppelte, auf 50 aurei, oder „quantum ob eam rem aequum judici videbitur." [56]) So gut wie dieser Nachtheil den freyen habitator auch schon wegen präsumirter culpa (quasi ex del.) trifft, eben so kann auch der Sklave als Hausherr in diesem Falle nicht ungestraft bleiben, und dem Zwecke des Edicts zuwider handeln. Es tritt also ein, was wir schon oben (§ 44.) als Surrogat der noxae datio fanden, körperliche Züchtigung, die, wie ich gezeigt habe, durchaus nicht generisch von der noxae datio verschieden ist. Gegen den Haussohn hatte man statt dessen selbst eine Klage, und die noxale war hier schon de jure unzuläßig. —

Die Größe der Züchtigung hing vom arbitrio judicis ab, den man sich hier, wo sie bloß die noxae datio, so

56) L. 1. pr. de his qui eff.

wie diese die Geldstrafe des Freyen vertritt, über deren Größe der judex zu bestimmen hatte, recht gern gefallen lassen kann, wiewohl Faber den Praetor substituiren möchte, weil es diesem gebühre eine leichte, dem praefectus urbi eine schwere Züchtigung zu verhängen. Allein die angef. L. 35. de injur. (47. 10) und L. 1. § 7 de off. praef. urb. (1. 12) beweisen dies nur für Freye, und einer Aushülfe, daß vielleicht judex für praetor stehe, bedürfen wir durchaus nicht. Denn der Frage „quis enim possit esse judex contra servum, contra quem judicium nullum exerceri potest?" begegnet schon das was o. (§ 44, 45) erörtert ist, hinlänglich. Daß aber die Züchtigung des Sklaven, wo sonst ein noxale judicium einträte, wirklich Sache des judex war, sehen wir deutlich aus L. 17. § 5. 6. de injur., wo Ulpian von der Genugthuung des durch einen Sklaven Injuriirten mittelst Züchtigung spricht, und fortfährt: Ait Praetor, arbitratu judicis: utique, quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat. — Si ante judicem dominus verberandum servum exhibuerit, ut satis verberibus ei fieret, et erit factum arbitratu alicujus; postea actor agere injuriarum perseverat, non est audiendus, qui enim accepit satisfactionem, injuriam suam remisit.

§. 100.

III. Die Klage wegen gefährlichen Aushängens oder Ausstellens.

Die vollkommene Analogie mit dem vorigen Quasidelicte beweist L. 5. § 4. de O. et A. nebst dem etwas gedrängteren Excerpte Justinians in § 2. J. de O. q. q. e. d. Nach erörterter Aehnlichkeit beyder Delicte, sagt Gajus:

Ideo si filiusfamilias seorsum a patre habitaverit, et quid ex cenaculo ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem neque de peculio, neque noxalem dandam esse actionem: sed cum ipso filio agendum.

Daß hier mit demselben Raisonnement wie vorhin über beyde Klagen vereint geurtheilt wird, sieht man leicht; wenn die Stelle zufällig nur des Sohnes gedenkt, so bedarf es wohl keines großen Beweises, daß es auch von dem Sklaven hätte heißen können „neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem", kurz daß die a. de posito et suspenso in dieser Beziehung auch wieder mit der vorigen gleich gestellt sey. —

Daß bey dem filiusfamilias seorsum habitans die Untersuchung für die a. de dej. und die actio de pos. et susp. gemeinschaftlich angestellt, und für beyde Fälle die Noxalklage verworfen wird, gibt den oben (§ 92 a. E.)

noch versprochenen Beweis, daß auch letztere nur quasi ex delicto gegeben wird, da widrigenfalls die erst von Justinian verbotene Noxalklage der Söhne wegen, wenigstens nicht, wie hier, schon theoretisch verweigert werden konnte, da an ein Emblem nirgends weniger als hier zu denken wäre.

§ 101.

IV. Klage gegen den Richter, qui litem suam facit.

Der judex kann wenigstens ein Haussohn seyn; und darum fügt denn Justinian in § 2. J. cit. dem Schlusse der eben erwähnten Worte des Gajus „sed cum ipso filio agendum" noch hinzu: Quod et in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit. —

Nun könnte man noch raisonnirend erwiedern: die Quasidelicte sind den Delicten gleich gesetzt, da bey ihnen wenigstens culpa fingirt wird; ist es mithin allgemeiner Grundsatz, daß wegen der Delicte der Sklaven Noxalklagen eintreten, so wäre dies auch bey den Quasidelicten anzunehmen, die doch vermöge gesetzlicher Fiction wie die wirklichen behandelt werden? Allein diese Fiction ist ein Singulare, folglich nicht auszudehnen; ist es daher bey Freyen gesetzliche Annahme, so scheint es noch sehr bedenklich auch bey Sclaven zu dieser Fiction zu schreiten, und nicht mit Recht (sagt Ulpian) kann ein nicht selbst verübtes Delict des Sklaven deshalb noxa genannt werden, weil es bey dem Freyen dem Delicte gleich geachtet wird. Da nun selbst bey wirklichen Delicten

der Sklaven bisweilen körperliche Züchtigung an die Stelle der Noxalklage tritt, so war nichts natürlicher, als daß die Interpretation bey solchen Zweifeln (denn diese sehen wir aus cit. L. 1. § 7. de his qui eff.) das noxale judicium verwarf, und lieber den Sklaven züchtigte, als dem Herrn seinen Verlust zumuthete.

BAYERISCHE STAATS- BIBLIOTHEK MÜNCHEN

Verbesserungen.

Seite	Zeile
2	9 v. u. sollte zu praestito bemerkt seyn, daß die Flor. „praestituto“ liest.
2	5 v. u. muß „ob“ statt ab stehn.
6	2 v. u. l. „mittelbar“ st. unmittelbar.
11	2 v. o. l. „moram“ st. morum.
13	6 v. o. l. „löst“ st. läßt.
22	7 v. u. l. „wirkliche“ st. wirkiche.
33	3 v. u. muß das: „statt“ wegbleiben.
44	7 v. o. l. „Reparation“ st. Repation.
56	Note 84. l. „ihr Verhältniß.“
102	2. v. o. l. „parte“ st. perte.
135	2 v. o. l. „raptam“ st. raptum.
159	6 v. u. muß das „non“ vor possimus wegbleiben.
181	bemerke man noch als Hauptstelle zu §. 54. die L. 11. §. 12. de act. E. V. (19. 1).
213	Note 27. hätte angeführt werden können, daß grade Ulpian oft schwache Gründe hat, Thibaut, Civ. Abh. S. 198.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Zimmern, Siegmund Wilhelm,

Das System der Römischen Noxalklagen

Heidelberg 1818

J.rom.m. 544 n
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567290-0
VD18 1477349X-001